إنا فتحنا لك فتحا مبينا

الجزء العاشر

الاول (من) اجزاء

تكملة المجموع

شرح المهذب

وهو المجلد الاول من تأليف الامام العلامة الفقيه تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٧٥٦ هـ

(ويليه)

فتح العزيز

شرح الوجيز

(وهو الشرح الكبير للامام الجليل أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة ٦٢٣ هـ)

(ويليه)

التلخيص الحبير

في تخريج أحاديث الرافعي الكبير

(للامام الحافظ الحجة أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ)

طبعت هذه المجموعة على نفقة شركة من كبار علماء الأزهر
(وباشر تصحيحها لجنة من العلماء بمشاركة ادارة المطبعة : وحقوق الطبع محفوظة لها)
(ومن تجارى على طبعه يكون مؤاخذا بالحقوق المدنية ومطالبا بالتعويض)

تنبيه (جعلنا المجموع في أعلى الصفحة ويليه فتح العزيز ويليه التلخيص مفصولا بينها بجدول)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين * اللهم صل على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيراً *

قال الشيخ الامام شيخ الاسلام * قدوة الأعلام * أوحد المجتهدين * قاضي قضاة المسلمين * تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي أثابه الله الجنة *

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وتثمر * و بفضله يأبى إلا أن يتم نوره و يظهر * أحمده حمد معترف بالعجز مقصر * وأثني عليه بأني لاأحصي ثناء عليه واستغفر * وأشهد أن لاإله إلا الله وحده لاشريك له شهادة معلن بالايمان ومظهر * وأشهد أن محمدا عبده ورسوله المبشر المنذر * صلى الله عليه وسلم * وشمل أصحابه بالرضوان وعمم ﴿ أما بعد ﴾ فقد رغب إلى بعض الأصحاب والأحباب * في أن أكمل شرح المهذب للشيخ الامام العلامة علم الزهاد * وقدوة العباد * واحد عصره * وفريد دهره * محيي علوم الأولين * وممهد سنن الصالحين * أبي زكريا النووي رحمه الله تعالى * وطالت رغبته

كتاب الرهن

قال ﴿ الباب الاول في أركانه وهي أربعة * الراهن والمرهون والمرهون به وصيغة الرهن (الركن الاول) المرهون وفيه ثلاثة شرائط (الاولى) أن يكون عينا فلا يجوز رهن الدين * لان الرهن عبارة عن وثيقة دين في عين * واذا كان عيناً لم يشترط (ح) فيه الافراز بل يصح رهن الشائع ويكون على المهايأة كما في شركاء الملك ﴾*

أصل الرهن مجمع عليه والكتاب والسنة متعرضان له قال تعالى (فرهن مقبوضة) «ورهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعه من يهودي فتوفي وهي مرهونة عنده» (١)*ووجه إدراج حجة الاسلام كلام الكتاب في الابواب الاربعة أن الرهن اما صحيح أو فاسد والصحيح منه إما جائز أو لازم وكيف ما كان فقد يتفق المتعاقدان على كيفية العقد الجاري بينهما وقد يتنازعان فيه فالباب (الاول) فيما يعتبر في صحته (والثاني) في الرهن الجائز وأحكامه (والثالث) في اللازم وأحكامه

كتاب الرهن

(١) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم رهن درعه من يهودي فمات رسول الله صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونة عنده: متفق عليه من حديث عائشة وللبخاري عن أنس قال رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعاً عند

إلى * وكثر إلحاحه علي * وأنا فى ذلك أقدم رجلا وأؤخر أخرى * وأستهون الخطب وأراه شيئاً إمرا * وهو فى ذلك لايقبل عذراً * وأقول قد يكون تعرضي لذلك مع تقعدى عن مقام هذا الشرح إساءة إليه * وجناية مني عليه * واني انهض بما نهض به وقد أسعف بالتأييد * وساعدته المقادير فقر بت منه كل بعيد * ولا شك ان ذلك يحتاج بعد الأهلية إلى ثلاثة أشياء (أحدها) فراغ البال واتساع الزمان وكان رحمه الله تعالى قد أوتى من ذلك الحظ الأوفى * بحيث لم يكن له شاغل عن ذلك من نفس ولا أهل (والثاني) جمع الكتب التى يستعان بها علي النظر والاطلاع على كلام العلماء وكان رحمه الله قد حصل له من ذلك حظ وافر لسهولة ذلك فى بلده فى ذلك الوقت (والثالث) حسن النية وكثرة الورع والزهد والأعمال الصالحة التي أشرقت أنوارها وكان رحمه الله قد اكتال بالمكيال الأوفى * فمن يكون اجتمعت فيه هذه الخلال الثلاث أنى يضاهيه أو يدانيه من ليس فيه واحدة منها * فنسأل الله تعالى أن يحسن نياتنا وأن يمدنا بمعونته وعونه * وقد استخرت الله تعالى وفوضت الأمر إليه واعتمدت فى كل الأمور عليه * وقلت في نفسي لعل ببركة صاحبه ونيته يعينني الله عليه إنه يهدى من يشاء إلى صراط مستقيم * فان من الله تعالى باكماله فلا أشك أن ذلك من فضل الله تعالى ببركة صاحبه ونيته إذ كان مقصوده النفع للناس ممن كان وقد شرعت فى ذلك مستعينا بالله

(والرابع) فى التنازع * وقد عد أركان الرهن أربعة الراهن والمرهون به والصيغة والعاقد ولو جمع بين المرهون والمرهون به وجعل ما يتعلق به العقد ركنا كما فعل فى البيع وكما جعل من يصدر منه العقد ركنا لجاز * ولو فصل الثمن عن المبيع كما فعل ههنا لجاز ومثل هذا يرجع الى مجرد رسم وترتيب والمقصود لا يختلف (الأول) المرهون وله شروط (أحدها) أن يكون عينيا أما الدين ففى جواز رهنه وجهان (أحدهما) الجواز تنزيلا لما فى الذمم منزلة الأعيان ألا ترى أنه يجوز شراء ما فى الذمة و بيعه سلما (وأصحها) وهو المذكور فى الكتاب المنع لأن الدين غير مقدور على تسليمه * ومنهم من رتب هذا الخلاف على الخلاف فى بيع الدين والرهن أولى بالمنع لانه لا يلزم الا بالقبض والقبض لا يصادف ما تناوله العقد ولا مستحقاً بالعقد والقبض فى البيع يصادف مستحقا بالعقد لان البيع سبب الاستحقاق ولا يشترط كون المرهون مفروزاً بل يصح رهن الشائع سواء رهن من شريكه أو غيره وسواء كان ذلك مما يقبل القسمة أو لا يقبلها و به قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة لا يجوز رهنه من غير الشريك وفى

يهودي بالمدينة وأخذ منه شعيراً لاهله وأحمد والترمذي وصححه والنسائي وابن ماجه من حديث ابن عباس وقال صاحب الاقتراح هو علي شرط البخارى (تنبيه) اسم اليهودى أبو الشحم الظفرى رواه الشافعي والبيهقى من طريق جعفر بن محمد عن أبيه مرسلا ووقع في كلام امام الحرمين انه ابوشحمة وهو تصحيف *

تعالى معتصما به ملتجئاً اليه إنه لاحول ولاقوة إلا به وهوحسبي ونعم الوكيل * وإياه أسأل أن يغفرلى ولوالدي وأهلى ومشايخى وجميع إخوانى وأن يكثر النفع به ويجعله دائما الى يوم الدين اه *

وهاأنا أذكر إن شاء الله تعالى المواد التى استمد منها (فمنها) ما هو عندى بكماله (ومنها) ماعندى ماهومن الموضع الذى شرعت فيه الآن وهاأنا اسمى لك ذلك كله (فمن ذلك) على المهذب كتاب فوائد المهذب لأبي على الفارقى تلميذ المصنف وما عليه لأبى سعيد بن عصرون * وكتاب بيان ماأشكل فى المهذب لأبي الحسين يحيي بن أبى الخير بن سالم العمراني * وكتاب السؤال عما فى المهذب من الاشكال للعمرانى أيضاً * وكتاب تجريد شواهد المهذب لأبىعبد الله بن محمد بن أبى علي القلعى * وكتاب المستغرب فى المهذب للقلعى أيضاً * وكتاب الوافى بالطاب فى شرح المهذب تأليف أبى العباس أحمد بن عيسى بعد ابن أبي بكر عبد الله * وكتاب التعليقة فى شرح المهذب للشيخ أبى إسحق المشهور بالعراقى * وكتاب التعيب على المهذب لابن معن * وكتاب الفص المذهب فى غريب المهذب لابن عصرون * وكتاب المؤاخذات لجمال الدين بن البدرى * وكتاب شرح مشكلات منه لأبى الحسن على بن قاسم الحليمى * وكتاب فى مشكلات المهذب لطيف مجهول المصنف * وكتاب آخر كذلك * وكتاب غاية المفيد ونهاية المستفيد فى احتوارات المهذب لأبى محمد عبد الله بن يحيي الصعبى * وكتاب آخر مجهول * وكتاب تفسير مشكلات من المهذب مما جمعه

رهنه من الشريك روايتان * لنا الحاق الرهن بالبيع والشائع بالمفروز * ولو رهن نصيبه من بيت معين من الدار المشتركة باذن الشريك صح و بغير إذنه وجهان عن ابن سريج (أصحهما) عند الامام أنه يصح كما يصح بيعه (والثانى) لا لأنه ربما تتفق القسمة ويقع هذا البيت فى نصيب صاحبه فيكون قد رهن ملك غيره ويخالف البيع فانه اذا باع زال ملكه عن البيت واستحالت المقاسمة معه وهذا أرجح عند صاحب التهذيب وادعى أن الحكم فى البيع مثله (واذا قلنا بالوجه الاول) واتفقت القسمة كما قررناه فهو كتلف المرهون أو يغرم قيمته فيه احتمالان للامام (أوجههما) الثانى إضافة للفوات اليه وكيف ينزل منزلة الآفة السماوية وقد حصل له فى قطر آخر من الدار مثل ما كان له فى ذلك البيت وعن الامام محمد بن يحيي توسط بين الاحتمالين وهو أنه ان كان مختارا فى القسمة غرم القيمة وان كان مجبرا فهو كالفوات * ثم القبض فى الرهن المشاع بتسليم الكل فاذا حصل القبض جرت المهايأة بين المرتهن والشريك جريانها بين الشريكين ولا بأس بتبعيض اليد بحكم الشيوع كما لا بأس به لاستيفاء الراهن المنافع * واعلم أن لفظ العين الذى توجم به هذا الشرط يطلق بالمعنى المقابل للدين ويطلق بالمعني المقابل للمنفعة وكل واحد من المعنيين معتبر فى المرهون (أما) بالمعنى الاول فقد عرفته (وأما) بالثانى فقد ذكر ابن الصباغ وغيره أنه لو رهن بالدين سكنى دار مدة لم يصح لأنه إن كان

ابن الدرى * وكتاب التنكيت للد منهورى * وكتاب المتهب فى الرد عليه لحمزة بن يوسف الحموي وكتاب لغة المهذب مجهول المصنف * وكتاب ابن باطيش * وشرح المهذب للفار بى المسمى بالاستقصاء (ومن الكتب المذهبية) الام للشافعى رحمه الله وكتاب الاملاء له وقفت منه على مجلدتين الثانية والثالثة * ومختصر المزنى * ومختصر البو يطى * وشرح مختصر المزنى لابى داود وشرحه لابى الحسن الجوزى * وكتاب المختصر من شرح تعليق الطبرى لابى علي بن أبى هريرة وكتاب التلخيص لابن القاص * وكتاب المفتاح له وشرحه لسلامة بن اسماعيل بن سلامة المقدسى وشرح آخر له مجهول * والمولدات لابن الحداد (ومن كتب العراقيين) وأتباعهم تعليقة الشيخ أبي حامد الاسفراييني * والذخيرة للبندنيجى والدريق للشيخ أبى حامد أيضا * وتعليقة البندنيجى أيضاً * والمجموع للمحاملى * والاوسط للمحاملى * والمقنع للمحاملى * واللباب للمحاملى والتجريد للمحاملى وتعليقة القاضى أبي الطيب الطبرى والحاوى للماوردى والاقناع له واللطيف لابى الحسن بن خيران والتقريب لسليم * والمجرد له والكفاية له والكفاية للعبدرى * والتهذيب لنصر المقدسى * والكافى وشرح الاشارة له والكفاية للمحاجرى * والتلقين لابن سراقة * وتذنيب الاقسام للمرعشى * والكافى للزبيدى * والمطارحات لابن القطان * والشافى للجرجانى والتجريد له والمعاياة له والبيان للعمرانى * والانتصار لابن عصرون والمرشد له والتنبيه والاشارة له والشامل لابى نصر ابن الصباغ والعدة لابى عبد الله الحسين بن علي الطبرى والبحر للرويانى والحلية

مؤجلا فالمنافع تتلف إلى حلول الاجل وان حالا فبقدر مايتأخر قضاء الدين بتلف جزء من المرهون فلا يحصل الاستيثاق *

قال ﴿ الثانية أن لايمتنع اثبات يد المرتهن عليه كرهن المصحف (ح) والعبد (ح) المسلم من الكافر فيه خلاف مرتب على البيع وكذا رهن الجارية الحسناء ممن ليس بعدل فهو مكروه ولكن انجرى فالاصح صحته ﴾ *

فقه الشرط صورتان (الاولى) فى رهن العبد المسلم من الكافر طريقان (أحدهما) و به قال أبو اسحق والقاضى أبو حامد أنه على القولين فى بيعه منه إن صححناه جعل فى يدى عدل من المسلمين (والثانى) و به قال صاحب الافصاح القطع بجوازه لانه لاملك فيه للكافر ولا انتفاع وانما هو مجرد استيثاق والظاهر جوازه أثبت الخلاف أملا ورهن المصحف منه يترتب على رهن العبد ورهن السلاح من الحربى يترتب على بيعه منه (الثانية) عن الشيخ أبي علي رواية قول أن رهن الجارية الحسناء لايجوز إلا أن تكون محرما للمرتهن والمذهب المشهور جواز رهن الجوارى مطلقا ثم ان كانت صغيرة لاتشتهى بعد فهى كالعبد والا فان رهنت من محرم أوامرأة فذاك وان رهنت من رجل أجنبي فان كان ثقة وعنده

للشاشي والحلية للروياني والتنبيه للمصنف وشرحه لابن يونس وشرحه لشيخنا ابن الرفعة * ودفع التمويه عن مشكلات التنبيه لاحمد بن كتاسب وغير ذلك مما هو مشهور عليه (ومن كتب الخراسانيين) وأتباعهم تعليقة القاضي حسين والفتاوى له والسلسلة للجويني والجمع والفرق له والنهاية لامام الحرمين والتذنيب للبغوى * والابانة للفوراني والعمدة للفوراني وتتمة الابانة للمتولى والبسيط والوسيط والوجيز والخلاصة وشرح الوسيط لشيخنا ابن الرفعة واشكالات الوسيط والوجيز للعجيلي وحواشي الوسيط لابن السكرى * واشكالات الوسيط لابن الصلاح * والشرح الكبير للرافعي والشرح الصغير له والتهذيب له والروضة للنووي ومختصر المختصر للجويني وشرحه المسمى بالمعتبر والمحرر والمنهاج وتذكرة العالم لأبى على بن سريج والالباب للشاشي (ومن كتب أصحابنا) المصنفة فى الخلاف * الاشراف لابن المنذر والكفاية فى النظر للصيدلانى * والغنية للجوينى * والنكت للشيخ أبي اسحق المصنف * ومأخذ النظر للغزالى والتحصين له والرؤيا للكتا وبعض مفردات أحمد للكتا وتعليقة الشريف المراغي وتعليق الكمال السمنانى ورؤوس المسائل للمحاملى وسمط المسائل للتبريزى ومختصر التبريزى والخواطر الشريفة لهمام بن راجى الله بن سرايا وحقيقة القولين للرويانى * والكافى فى شرح مختصر المزنى للروياني والترغيب للشاشي والذخائر وتعليقة البندنيجى (ومن كتب) المخالفين (من مذهب أبي حنيفة) شرح الهداية للفرغانى المرغينانى الوشدانى والجامع الصغير

زوجته أو جاريته أو نسوة يؤمن معهن من الالمام بها فلا بأس أيضاً والا فلتوضع عند محرم لها أو امرأة ثقة أو عدل بالصفة المذكورة فى المرتهن فان شرط وضعها عند غير من ذكرنا فهو شرط فاسد لما فيه من الخلوة بالاجنبية وخوف الفتنة والحق الامام بالصغر الحسنة مع دمامة الصورة لكن الفرق بينهما بين * ولو كان المرهون خنثى فهو كما لو كان جارية الا أنه لايوضع عند المرأة (وقوله) فى الكتاب ممن ليس بعدل يشعر بجواز الرهن من العدل بلا كراهة ولفظ الوسيط كالمصرح بذلك لكن المعظم ماقنعوا بالعدالة وشرطوا أن يكون معها ذا أهل كما سبق * واذا عرفت الصورتين عرفت أن اعتبار هذا الشرط مختلف فيه وفى العبارة المذكورة لترجمتها نظر والله أعلم *

قال ﴿ الثالثة أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الأجل * فلا يجوز رهن أم الولد * والوقف * وسائر راضى العراق من عبادان الى الموصل طولا * ومن القادسية الى حلوان عرضا * فانه وقف على أعتقاد الشافعى رضى الله عنه أوقفها عمر رضى الله عنه على المسلمين بعد تملكها عنوة * وقال ابن سريج هى ملك ﴾ *

مقصود الرهن أو من مقاصده استيفاء الحق من ثمن المرهون عند الحاجة فيشترط قبوله للبيع

والوجيز للخضيرى (ومن مذهب مالك) التلقين للماوردى وشرح الرسالة للقاضي عبد الوهاب والتهذيب للبرادعى والتحصيل والبيان لابن رشد وتعليقة أبى اسحق التونسي (ومن مذهب احمد) المعين فى شرح الحرقى لابى محمد عبد الله رقد امه المقدسى . وهو أحسن كتاب عنده (ومن كتب) الآثارمصنف ابن أبي شيبة * (ومن مذهب الظاهرية) المحلى لابن حزم والموضح لابي الحسن بن المغلس (ومن كتب متون الحديث) وهي قسمان منها ما هو على الأبواب الموطأ ومسند الشافعي وسنن الشافعي ومسند الدارمي وصحيح البخارى وصحيح مسلم وسنن أبيٌ داود وسنن النسائي وجامع الترمذى وسنن ابن ماجه وسنن الدارقطني والمستدرك للحاكم والتقاسيم والانواع لابن حبان وله ترتيب خاص ومن صحيح أبي عوانة والسنن الكبير للبيهقي ومعرفة السنن والآثار له والسنن الصغيرة له والاحكام لعبد الحق * ومنها ما هو على المسانيد مسند أبي داود الطيالسى والمنتخب من مسند عبد بن حميد ومسند أبي بكر بن أبي شيبة ومسند احمد بن حنبل ومسند احمد بن منيع شيخ المهدى والمعجم الكبير للبطرانى * (ومن كتب رجال الحديث) وعاله معجم الصحابة للبغوى والاستيعاب للصحابة لابن عبد البر وأسد الغابة فى معرفة الصحابة لابن الاسير وتاريخ البخارى الكبير وتاريخ البخارى الصغير وتاريخ ابن أبي حسام والجرح والتعديل لابن أبي حاتم وكتاب الكامل لابن عدى والضعفاء والمتروكين للبخارى والضعفاء والمتروكين للنسائى والضعفاء للعقيلي

وما لايجوز بيعه كالحر وأم الولد والمكاتب والوقف لايجوز رهنه وذكر الشافعي رضى الله عنه والأصحاب رحمهم الله ههنا طرفا من الكلام فى أرض الخراج ولا شك أنه دخيل فى الباب وفى السير عودة اليه فنؤخره اليه ونقتصر الآن على حظ الرهن منه فنقول : سواد العراق وقف على المسلمين على الأظهر وكل أرض هى كذلك لايجوز رهنها كسائر الوقوف وأبنيتها وأشجارها ان كانت من أبنيتها وغروسها التى كانت قبل الوقف فهى كالأرض وان أحدثت فيها من غيرها جاز رهنها فان رهنت مع الارض فهو من صور تفريق الصفقة فى الرهن وكذا رهن الارض مطلقاً (ان قلنا) إن البناء والغراس يدخلان فيه وإذا صح الرهن فى البناء والغراس فلا خراج على المرتهن وإنما هو على الراهن فانه مضروب على الارض فان أداه المرتهن بغير اذنه فهو متبرع وإن أداه باذنه وبشرط الرجوع رجع وإن لم يشترط الرجوع فوجهان جاريان في أداء دين الغير باذنه مطلقاً وظاهر النص الرجوع (وقوله) عند حلول الأجل أي إذا كان الدين مؤجلا فان كان حالا فالشرط أن يكون قابلا للبيع فى الحال (وقوله) وسائر أراضى العراق أي جميعها وقد مر نظيره *

قال (ويجوز رهن الأم دون ولدها إذ لا تفرقة فى الحال * وعند البيع تباع الام دون الولد على رأي * ويقال هذه تفرقة ضرورية * وعلى رأي تباع معه * ثم يختص المرتهن بقيمة الام فتقوم الام

والضعفاء لابن شاهين والثقات لابن حبان وتاريخ نيسابور للحاكم وتاريخ بغداد للخطيب وذيله لابن الدبيثي وذيله لابن النجار والعلل للدارقطني والطبقات لمسلم والضعفاء لأبي أيوب التميمي والطبقات الكبرى لابن سعد والطبقات الصغرى له وكتاب ابن القطان على الاحكام (ومن شروح الحديث) التمهيد لابن عبد البر والاستذكار والمنتقى للباجي والاكمال للقاضي عياض وشرح مسلم للنووي وشرح العمدة لابن دقيق العيد (ومن كتب اللغة) الصحاح والمحكم والعرنيين للنهروى والله اعلم *

(قال رحمه الله قال المصنف والاصحاب إذا تخايرا فى المجلس قبل التقابض فهو كالتفرق فيبطل العقد لما ذكره المصنف هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور وقال ابن سريج لايبطل لظاهر الحديث فانه يسمى يدابيد ﴿قلت﴾ هذا آخر ماوجد من شرح أبي زكريا النووي رحمه الله وأقول بعون الله تعالى وفى مسألة وجه ثالث ان الاجارة لاغية والخيار باق بحاله وبه جزم الماوردي وقد شذ عن العراقيين بذلك فانهم مطبقون على البطلان وممن جزم بذلك منهم الشيخ ابو حامد والقاضى أبو الطيب ونقله عن الاصحاب والمحاملي والمصنف واتباعه وأكثرهم لم يحلو خلاف ابن سريج ولا غيره فى ذلك إلا سليمان فى التقريب فانه حكاه وقال ان المذهب البطلان ورأيته بخطه فى تعليقة أبى حامد وقال انه حكاه فى آخر الرهن وأما المراوذة فالنقدابي فى العمد وافق العراقيين وجزم بالبطلان وأكثرهم يحكى وجهين مع اختلاف معنييهما فالقاضى الحسين حكي وجه البطلان

منفردة فاذا هى مائة ومع الولد فهى مائة وعشرون فتقول حصة الولد سدس كيفما اتفق البيع * وقيل ان الولد أيضاً يقدر قيمته مفرداً حتى نقل قيمته فتكون عشرة مثلا فيقال هو جزء من أحد عشر جزأ فيقسم على هذه النسبة) *

التفريق بين الام وولدها الصغير ممنوع منه وفى إفساده البيع قولان سبقا ويصح رهن أحدهما دون الآخر قال الشافعي رضى الله عنه لان ذلك ليس بتفرقة بينهما قيل معناه أن الرهن لايوجب تفرقة لان الملك فيهما باق للراهن والمنافع له فيمكنه أن يأمرها بتعهد الولد وحضانته وإذا كان كذلك وجب تصحيح الرهن * ثم مايتفق بعده من بيع وتفريق فهو من ضرورة الجاء الرهن اليه وقيل معناه أنه لاتفرقة في الحال وإنما التفرقة يقع عند البيع وحينئذ يحذر منها بأن تبيعهما معاً ومن قال بالاول لم يبال بأفراد أحدهما عن الآخر بالبيع إذا وقعت الحاجة إلى البيع (والاصح) التفسير الثانى وأنهما يباعان جميعا ويوزع الثمن على قيمتها وكيف يوزع قدم الامام على بيانه مسألة هى مقصودة فى نفسها فنأتى به فى تقديمها ثم نعود الى هذه (أما) تلك المسألة فهى ما إذا رهن أرضا بيضاء ثم نبت فيها نخيل ولها حالتان (أحدهما) أن يرهن الارض ثم يدفن فيها النوى

ووجه اللزوم فى موضعين من كتابه بتلخيص كل منهما مراده كما ذكرناه وتبعه صاحب التتمة: وصاحب التهذيب وعين أن المخالف هو ابن سريج * وإمام الحرمين حكي عن نقل شيخه وصاحب التقريب وجه الغاء الاجارة ووجه اللزوم ولم يذكر وجه البطلان وتبعه الغزالى فى البسيط والوسيط مع زيادة ترجيح اللزوم وقد انفرد بترجيح ذلك من بين المصنفين ووافقه عليه من فضلاء المتأخرين زين الدين الحلبي شيخ صاحب الوافى فانتظم من النقلين فى طريقة المراوزة الاوجه الثلاثة المذكورة كما هي أيضاً مفرقة فى طريقة العراق * ومن ذكرها مجموعة صاحب البحر وعزا القول بالبطلان الى جمهور الأصحاب (وأما) الرافعى رحمه الله تعالى فانه ذكر الثلاثة مفرقة فى موضعين من كتابه على وجه يتوقف فى الجمع بينهما ففى باب الربا قال والتخاير قبل القبض بمنزلة التفرق يبطل العقد خلافا لابن سريج كما فعل صاحب التهذيب وفى باب خيار المجلس حكى وجهين (أحدهما) الغاء الاجارة (والثانى) لزوم العقد كما فعل إمام الحرمين ولم يتعرض للتنبيه على أن كلا من الوجهين مخالف لما اقتضى كلامه فى باب الربا ترجيحه فاقتصار الرافعي على هذين الوجهين فى هذا المكان يوهم الجزم بصحة العقد * والنووى رحمه الله تعالى فعل هنا حيث وقف فى باب الربا كما فعل الرافعى فيه وحكى فى باب خيار المجلس فيما تقدم وجهى الغاء الاجارة ولزوم العقد وقال ان أصحهما اللزوم قال وفيه وجه ثالث أنه يبطل العقد

أو يحملها السيل أو الطير اليها فتنبت فهى للراهن ولا يجبر فى الحال على قلعها فلعله يؤدي الدين من موضع آخر فاذا مست الحاجة الى بيع الارض نظر إن وفى ثمن الارض لو بيعت وحدها بالدين بيعت وحدها ولم تقلع النخيل وكذا لو لم تف به الا قيمة الارض وفيها الاشجار كقيمتها بيضاء وإن لم تف به ونقصت قيمتها بالاشجار فللمرتهن قلعها لبيع الارض بيضاء إلا أن يأذن الراهن فى بيعها مع الارض فيباعان ويوزع الثمن عليهما * هذا اذا لم يكن الراهن محجوراً بالافلاس فان كان كذلك فلا قلع بحال لتعلق حق الغرماء بها بل يباعان ويوزع الثمن عليهما فما يقابل الارض يختص به المرتهن وما يقابل الاشجار يقسم بين الغرماء فان انتقصت قيمة الارض بسبب الاشجار حسب النقصان على الغرماء لان حق المرتهن فى أرض فارغة وإنما منع من القلع لرعاية جانبهم فلا يهمل جانبه بالكلية (الحالة الثانية) أن تكون النوي مدفونة فى الارض يوم الرهن ثم تنبت فان كان المرتهن جاهلا بالحال فله الخيار فى فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن فان فسخ فذاك وإلا فهو كما لو كان عالماً وان كان عالما فلا خيار * وإذا بيعت الارض مع النخيل وزع الثمن عليهما والمعتبر فى الحالة الاولى قيمة ارض فارغة وفى الثانية قيمة ارض مشغولة لانها كانت كذلك يوم الرهن * وفى كيفية اعتبار قيمة الاشجار وجهان نقلهما الامام فى الحالتين (أظهرهما) ان الارض تقوم وحدها فاذا قيل هى مائة قومت مع الاشجار فاذا هى مائة وعشرون فالزيادة بسبب الاشجار عشرون وهي سدس المائة

فجمع الأوجه الثلاثة لكن بعبارة توهم أن البطلان مرجوح وهو قال هنا إنه المذهب (وأما) قوله أصحها اللزوم فيمكن الاعتذار عنه بأنه الاصح من الوجهين ولا يلزم أنه الأصح مطلقاً فلا منافاة بينه و بين أن يكون الثالث أصح منه (واعلم) أن الرافعى رضى الله عنه وكذلك الشارح فى هذا الفصل نقل عن ابن سريج أنه لايبطل العقد ولم يبين هل مراده بعد ذلك أنه يلزم العقد أم تلغو الاجارة وان عدم بطلان العقد صادق على كلا الوجهين لكن سليم فى التقريب وصاحب العدة بينا ذلك صريحاً فقالا وعن أبى العباس فيه وجه أن العقد يلزم بذلك ولا يبطل وكذلك يقتضيه كلام صاحب التهذيب وكلام سليم وصاحب العدة أصرح وقول سليم وصاحب العدة أن القول بالبطلان هو المذهب قد يؤخذ منه أن ذلك منصوص الشافعى رحمه الله ولم أر هذه المسألة فيما وقفت عليه من نصوص الشافعى وانما رأيتها فى كلام الشيخ أبى حامد فمن بعده ولاجل إجمال الرافعي ومن وافقه فى النقل عن ابن سريج حصل التباس على شيخنا ابن الرفعة فى الكفاية فجعل قول ابن سريج كقول الماوردي والصواب ماقدمته (والأصح) عند الحنابلة كقول ابن سريج وعندهم احتمال كمذهبنا (وأما) مذهب مالك وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى فلا تأتى هذه المسألة عندهما لأنهما لايقولان بخيار المجلس ﴿توجيه كل وجه من ذلك﴾ أما القول بالغاء الاجارة فقد استدل له الماوردى بان اختيار الامضاء انما يكون بعد تقضى علقة العقد و بقاء

والعشرين فيراعى فى ثمنها نسبة الأسداس (والثانى) انا كما قومنا الارض وحدها تقوم الاشجار وحدها ثابتة فاذا قيل هي خمسون عرفنا أن النسبة بالاثلاث * واعلم أن فى المثال المذكور لايضاح الوجهين تكون قيمة الارض ناقصة بسبب الاجتماع لانا فرضنا قيمتها وحدها مائة وقيمة الاشجار وحدها ثابتة خمسين وقيمة المجموع مائة وعشرين * عدنا إلى مسألة الام والولد * فاذا بيعا معا فأردنا التوزيع قال الامام فيه طريقان (أحدهما أن التوزيع عليهما كالتوزيع على الارض والاشجار فتعتبر قيمة الام وحدها وفى الولد الوجهان (والثاني) أن الام لاتقوم وحدها بل تقوم مع الولد خاصة لانها رهنت وهى ذات ولد والارض رهنت بلا أشجار وهذا ما أورده الاكثرون نعم لو حدث الولد بعد الرهن والتسليم من نكاح أو زنا وبيعا معا فللمرتهن قيمة جارية لا ولد لها وصاحب الكتاب اقتصر على رواية الطرق الاول لكن نقله الوجه الثانى ههنا وفى الوسيط يخالف منقول الامام لانه قال تقدر قيمة الولد أيضا مفرداً والوجه ما نقله الامام كما تقدر قيمة الاشجار ثابتة لامقلوعة (وقوله) حتى تقل قيمته أي هكذا يكون لكونه ضائعا وتمثيله المسألة بما إذا كانت قيمة الولد عشرة يناسب مانقله ومثل فى الوسيط بما اذا كانت قيمة الولد خمسين وليس ذلك مع كون قيمتهما مائة وعشرين على ما فرضه فى الوجه الاول فاذا كانت وحدها مائة وكانت مع الولد مائة وعشرين استحال أن يكون الولد وحده خمسين لضياعه *

القبض يمنع من تقصي علقه فمنع من اختيار امضائه (قال) في البحر وهذا احسن وليس كما قال ان اختيار الامضاء إما ان يكون يستدعي سبق صحة العقد أو سبق تقضي علقه ان كان الاول فهو حاصل وان كان الثاني فمن جملة العلق القبض في غير الربوي ولا تتوقف الاجارة عليه اتفاقا وتخصيص محل النزاع دون غيره تحكم * ثم ان حديث «البيعان بالخيار» يدل علي أن الخيار معناه مالم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر فمن ادعى أن الخيار يبقى بعد التخاير كان مخالفاً لمفهوم الحديث بل ولمنطوقه على رأيي فان فيه فاذا كان بيعهما عن خيار فقد وجب البيع والشافعي رضي الله عنه يحمل ذلك علي التخاير بعد العقد فاقتضى أن التخاير موجب للعقد مطلقاً والله سبحانه أعلم * (وأما) قول ابن سريج فوجهه ظاهر لأن الشرط التقابض قبل التفرق وقد وجد والحاق التخاير بالتفرق في كل أحكامه ممنوع والذي ثبت من الشرع مساواة التخاير للتفرق في لزوم العقد لامطلقا فمن ادعى ذلك فعليه البيان وله أن يتمسك بحديث «المتبايعان بالخيار» ودلالته علي وجوب العقد بالتخاير كما تقدم من غير تفصيل بين عقود الربا وغيرها (قالت) الحنابلة اشتراط التقابض قبل اللزوم تحكم بغير دليل لم يبطل بما إذا تخايرا قبل الصرف مالم يتفرقا فان الصرف يقع لازما صحيحا قبل القبض ثم يشترط القبض في المجلس ونحن نمنع هذه المسألة على الأصح في مذهبنا ومن أثبت القول الذاهب الى ذلك وأجري ذلك في عقود الربا

قال (ورهن ما يتسارع اليه الفساد بدين مؤجل قبل حلول أجله صحيح ان شرط البيع وجعل الثمن رهنا * وان شرط منعه فباطل * وان أطلق فقولان * ولا خلاف أنه لو طرأ مايعرضه للفساد أنه يباع ويجعل بدله رهنا) *

إذا رهن شيئا رطبا يتسارع اليه الفساد نظر إن أمكن تجفيفه كالرطب والعنب صح رهنه وجفف وان لم يمكن كالثمرة التي لاتجفف والمرقة والريحان والجمد فرهنه ان كان بدين حال يصح ثم أن بيع في الدين أو قضى الدين من موضع آخر فذاك والأ بيع وجعل الثمن رهنا كيلا يضيع ولا تفوت الوثيقة فلو تركه المرتهن حتى فسد قال في التهذيب ان كان الراهن أذن له في بيعه ضمن والا لم يضمن ويجوز أن يقال عليه رفع الامر الى القاضي ليبيعه * وان كان رهنه بمؤجل فله ثلاثة أحوال (إحداها) أن يعلم حلول الاجل قبل فساده فهو كرهنه بدين حال (والثانية) أن يعلم عكسه فان شرط في الرهن بيعه عند الاشراف على الفساد وجعل ثمنه رهنا صح ولزم الوفاء بالشرط وان شرط ألا يباع بحال قبل حلول الأجل فهو فاسد مفسد للرهن لمناقضته مقصود التوثيق وان لم يشترط هذا ولا ذاك فقولان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة وأحمد يصح الرهن ويباع عند تعرضه للفساد كما لو شرطه لان الظاهر أنه لا يقصد فساد ماله (والثاني) لا يصح لأنه مرهون لايمكن استيفاء الحق منه عند المحل والبيع قبله ليس من مقتضيات الرهن وهذا أصح عند أصحابنا العراقيين وميل من سواهم الي الاول وهو الموافق لنصه في

والسلم استحال القول بان التخاير مبطل (واعلم) أن من الأصحاب من يثبت أن ذلك قول للشافعي رحمه الله أعني صحة اشتراط نفي خيار المجلس فعلى هذا يتعين تخريج قول موافق لابن سريج في مسألتنا هنا ولا سبيل إلى أن يقال ان ذلك لايجري في عقود الربا والله سبحانه أعلم * وحينئذ أقول في توجيه ما اختاره أكثر الأصحاب أن الدليل علي اشتراط التقابض قوله ﷺ «يداً بيد» وهذا اللفظ اما ان يكون ظاهراً في أنه يعطى بيد ويأخذ بأخرى واما أن يكون محتملا له لكنا خرجنا عن ذلك لقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه لمالك بن أوس لما صرف من طلحة « لاتفارقه حتى تأخذ منه » فجعلنا ذلك منوطاً بالتفرق وليس اعتبار التفرق لذاته بل لمعني يمكن احالة الحكم عليه وهو أن العقد قبل التفرق كانه لم يوجد بدليل قوله ﷺ « كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار » رواه البخاري ومسلم كلاهما بهذا اللفظ * اقتضى الحديث تنزيل العقد الذي لم يلزم بالتفرق أو التخاير منزلة العدم وانه بعد التفرق أو الخيار ليس كذلك فاذا وجد القبض قبل انقضاء الخيار وجد في وقت كانه لم تتكامل حقيقة العقد فيه فاشبه القبض الواقع وقت العقد بان يعطى بيد ويأخذ بأخرى فكان أقرب إلى قوله ﷺ «يداً بيد» بخلاف ما إذا وجد ذلك بعد اللزوم (وأما) اعتبار التفرق من حيث هو فلا معنى له ولم يرد في الشرع مايدل عليه ولا أن التقابض قبله مطلقا كاف ويتأيد

المختصر (والثالثة) أن لايعلم واحد من الامرين وكانا محتملين ففي جواز الرهن المطلق قولان مرتبان على القولين في القسم الثاني والصحة ههنا أظهر * ولو رهن مالايتسارع اليه الفساد فطرأ ماعرضه للفساد قبل حلول الاجل كما إذا ابتلت الحنطة وتعذر التجفيف فلا ينفسخ الرهن بحال وان منع الصحة في الابتداء على قول كما أن إباق العبد يمنع صحة العقد واذا طرأ لم يوجب الانفساخ * ولو طرأ ذلك قبل قبض المرهون ففي الانفساخ وجهان كما في عروض الجنون والموت وإذا لم ينفسخ يباع ويجعل الثمن رهنا مكانه *

قال (ويجوز رهن العبد المرتد كما يجوز بيعه ورهن العبد الجاني يبني على جواز بيعه ونص الشافعي رضي الله عنه أن رهن المدبر باطل وفيه قول مخرج منناص أنه صحيح وكذا رهن المعلق عتقه علي صفة وقيل إنه باطل إذ لايقوى الرهن علي دفع عتق جرى سببه)*

في الفصل أربع صور (احداها) رهن العبد المرتد كبيعه وقد مر والمذهب صحتهما ثم إن كان المرتهن عالما بردته فلا خيار له في فسخ البيع المشروط فيه الرهن وان كان جاهلا فله الخيار فان قتل قبل القبض فله فسخ البيع وان قتل بعده فهو من ضمان من؟ فيه وجهان مذكوران في البيع فان جعلناه من ضمان الراهن فللمرتهن فسخ البيع وان جعلناه من ضمان المرتهن فهو كما لو مات في يده فلا فسخ ولا ارش * ورهن العبد المحارب كبيعه (وقوله) ويجوز رهن العبد المرتد كما يجوز بيعه معلمان بالواو لما قدمناه وبالزاى لان الموفق

ذلك بان الأصل عندنا فى بيع الربويات التحريم إلا ماقام الدليل على إباحته كما سننبه عليه ان شاء الله تعالى فاذاتعارض مايقتضى الحاق التخاير بالتفرق وما يقتضى عدمه تعين الرجوع الى الاصل فكيف ولم يحصل تعارض فان الشارع لم ينص على أنه متى حصل التقابض قبل التفرق صح العقد ولا على جعل التفرق من حيث هو مظنة بل شرط أن يكون يداً بيد والعقد بالتخاير موجود حقيقة وحكما وتقدم صحة العقد على شرطه ممتنع وأما ما قبل التخاير فالصحة المحكوم بها كلا صحة لماقدمناه فكذلك اكتفى بالقبض فيها وأيضاً فالتفرق اعتبر للدلالة على تكامل الرضا والتخاير المصرح بذلك أولى «فان قلت» التخاير قبل التقابض إما أن يكون صحيحاً أو باطلا فان كان صحيحاً وجب أن يترتب عليه مقتضاه وهو اللزوم كما قال ابن سريج وان كان باطلا وجب أن يلغو ويبقى الخيار بحاله كما قال الماوردي فالحكم بكونه مبطلا للعقد بعيد (قلت) بطلان العقد لم ينشأ عن التخاير بل عن عدم التقابض والتخاير مبين لنا غاية الوقت الذى اشترط فيه التقابض كالتفرق فالتخاير قاطع للمجلس حقيقة لوجود حقيقة الرضا الكامل وان تخلف لزوم العقد عنه والله أعلم *

(التفريع) إذا قلنا بقول ابن سريج فتقابضا بعد ذلك قبل التفرق فقد تم العقد لأنه لزم بالتخاير وإن تفرقا قبل أن يتقابضا انفسخ العقد وهل يأثمان بذلك ؟ جزم الامام والغزالى والرافعى رحمهم الله تعالى والنووى رحمه الله تعالى فى هذا المجموع فى باب الخيار أنه باللزوم يتعين عليهما التقابض وأنهما

ابن طاهر روي عن المزنى المنع منهما (الثانية) رهن العبد الجانى مرتب على بيعه أن لم يصح بيعه فرهنه أولى وإن صح ففى رهنه قولان وفرقوا بينهما بان الجناية العارضة فى دوام الرهن تقتضي تقديم حق المجنى عليه فاذا وجدت أولا منعت من ثبوت حق المرتهن *

(التفريع) ان لم يصح الرهن ففداه السيد أو أسقط المجنى عليه حقه فلابد من استئناف رهن وإن صححناه فقد قال المسعودي إنه يكون مختاراً للفداء كما سبق فى البيع وبمثله أجاب الامام لكن ابن الصباغ قال لايلزمه الفداء بخلاف مافي البيع والعتق لان محل الجناية باق ههنا والجناية لاتنافى الرهن ألا ترى انه لو جنى وهو مرهون تتعلق الجناية به ولا يبطل الرهن واذا صححنا الرهن والواجب القصاص ومنناه والواجب المال فرهن والواجب القصاص ثم عفا المستحق على مال فيبطل الرهن من أصله أو هو كجناية تصدر من المرهون حتى يبقى الرهن لولم يبع فى الجناية فيه وجهان (اختار) الشيخ أبو حامد أولهما واذا قيل به فلو كان قد حفر بئراً فى محل عدوان فتردى فيها انسان بعد مارهن ففى تبين الفساد وجهان والفرق أنه فى الصورة الاولى رهن وهو جان وههنا بخلافه (الثالثة) قال الشافعى رضى الله عنه ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخا أي باطلا وللاصحاب فى رهن المدبر طرق (أحدها) وبه قال ابن سريج انه على قولين مبنيين على أن التدبير وصية أو تعليق عتق بصفة (إن قلنا) بالاول صح الرهن (وإن قلنا) بالثانى لم يصح على الاصح كما لو رهن المعلق عتقه بصفة

إن تفرقا قبل التقابض انفسخ العقد بعد اللزوم ولا يعصيان ان كان تفرقهما عن تراض وان فارق أحدهما انفسخ العقد وعصى بانفراده بما يضمر فسخ العقد واسقاط المستحق عليه وماجزموا به من كونهما لايعصيان اذا تفرقا عن تراض ينافى ماقاله ابن الصباغ والمتولى ونقله النووي عن الأصحاب فيما تقدم أن التفرق قبل التقابض في عقود الربا يأثمان به وان كان الخيار باقياً وأنه يكون جاريا مجرى بيع الربوى نسيئة وكذلك جزم به القاضى أبو الطيب الطبرى وفى كلام الشافعى رحمه الله تعالى مايشير إلى ذلك فانه قال فى الاملاء إذا تفرقا المتبايعان قبل أن يتقابضا صار ربا وانفسخ فيه البيع وقال فى كتاب الصرف من الام واذا صرف الرجل شيئاً لم يكن له أن يفارق من صرف منه حتى يقبض منه ولا يوكل به غيره إلا أن يفسخ البيع ثم يوكل هذا بأن يصارفه (وقال) النووى رحمه الله تعالى فيما تقدم قال أصحابنا فلو تعذر عليهما التقابض فى المجلس وأرد ان يتفرقا لزمهما أن يتفاسخا العقد قبل التفرق لئلا يأثما فاذا كان هذا فى زمان الخيار فبعده أولى بلا شك ويتجه أن يخرج من كل من الكلامين الى الآخر وللنظر فى كل منهما مجال يتجه أن يقال ان ذلك حرام مطلقاً لان الشارع نهى عن هذا العقد الايدا بيد وحكم على كل عقد من هذه العقود بانه ربا إلا هاوها فمتى لم يحصل هذا الشرط حصل المنهى عنه وحصل الربا والربا حرام وهذا الذى يقتضيه ظاهر اطلاق الاصحاب لفظ الحرمة على هذه الأمور فى عقود الربا كقولهم حرم النساء والتفرق قبل التقابض وليس تفرقهما كتفاسخهما فانهما بالتفاسخ رفعا العقد فلا يلزمهما شروطه واذا لم يرفعاه وتفرقا فقد خالفا بالتفرق وجعلاه عقد ربا والبطلان حكم من الشرع عليهما ويحتمل أن يقال إنه ليس المراد ههنا بالحرمة إلا أن هذه الأشياء شروط فى الصحة (قال) السمرقندى رحمه الله من الحنفية فى كتاب المطلوب

يحتمل أن تتقدم على الحل ويحتمل ان تتأخر (والثاني) القطع بالمنع لان السيد قد يموت فجأة فيبطل مقصود الرهن ولا يقف على موته ليبيعه قبله ومن قال بهذا قال التدبير وإن جعل وصية فهو آكد من سائر الوصايا بدليل أنه يتنجز بالموت والرهن ليس بصريح فى الرجوع فجاز أن يؤثر فى سائر الوصايا ولا يؤثر فى التدبير (والثالث) القطع بجواز رهنه كبيعه *

(التفريع) إن صححنا الرهن بناء على أنه وصية فيبطل التدبير ويكون بالرهن راجعا عنه وهو اختيار المزني وان أبطلناه بناء على أنه تعليق عتق بصفة فالتدبير باق بحاله ولا يحصل الرجوع الا بتصرف مزيل للملك وكذا الحكم ان قلنا بالطريقة الثانية (وان قلنا) بالثالثة فالتدبير باق أيضاً وهو مرهون مدبر فان قضي الراهن الدين من غيره فذاك وان رجع فى التدبير وباعه في الدين يطل التدبير وان امتنع من الرجوع فيه ومن بيعه فان كان له مال آخر أجبر على قضائه منه وإلا فوجهان عن أبي اسحق (أصحهما) انه يباع فى الدين ويفسخ التدبير (والثانى) انه يحكم بفساد الرهن ومن قال بهذا حمل

فى الخلاف أن المعنى بصحة العقد وفساده هنا وقوعه مقتضياً ثبوت أحكام مخصوصة دون الحرمة المطلقة فانهما إذا تبايعا وافترقا من غير قبض لا يأثمان ولكن يمتنع ثبوت هذه الاحكام عند الشافعي رحمه الله وعندنا لا يمتنع يعني فى بيع الطعام بالطعام * فافهم كلامه ان الامامين غير قائلين بالحرمة المطلقة والاول أرجح وأقرب الى اصل الشافعية الذى تقدمت الاشارة اليه ويأتى إن شاء الله تعالى (أما) بعد اللزوم على رأى ابن سريج فرضاهما بالفسخ لا أثر له ولم يبق إلا صورة التفرق فيتجه الجزم بالتحريم وان رضيا به لانهما رضيا بما يحقق العقد المنهى عنه فالقول بالتحريم فى زمان الخيار مع عدم التحريم بعد التخاير مما لا يجتمعان «فان قلت» القول بعدم التحريم بعد التخاير انما ذكروه تفريعاً على رأى ابن سريج فجاز أن يكون ابن سريج مخالفا فى ذلك الأصل فلا يلزم أن يجتمع كلامه مع كلام الأصحاب «قلت» القائلون بذلك تفريعاً على رأى ابن سريج لم ينقلوا التفريع المذكور عنه وانما فرعوه كسائر التفاريع المذهبية فلذلك حسن الايراد عليهم وأيضا فقد قلنا فيما تقدم إنه يتعين تخريج قول مثل قول ابن سريج وإذا أثبتنا للشافعي قولا بصحة العقد والشرط فيما إذا تبايعا على أن لا خيار لهما «فان قلت» إنهما فى زمان الخيار متمكنان من الفسخ فلهما طريق فى رفع العقد قبل التفرق فلا يباح لهما التفرق وأما بعد اللزوم فلا طريق لهما الا التفرق «قلت» بعد اللزوم لا طريق لهما الى رفع العقد وارتفاعه انما يحصل بغير اختيارهما كتلف المعقود عليه فاذا تفرقا فقد فعلا ماليس لهما فعله وان كان يرتفع العقد به والله سبحانه أعلم * (وأما) جزمهم بانه اذا فارق أحدهما يعصى لقطعه ماهو مستحق عليه فعلى قاعدتهم وقولهم انهما اذا تفرقا راضيين لا يعصيان فيه نظر فانه لا يمتنع على الانسان ان يتصرف فى نفسه أو خاص ملكه تصرفا ينقطع به حق غيره اذا كان التصرف فى نفسه

قول الشافعي رضي الله عنه وكان الرهن مفسوخا عليه * بقي الكلام فى أن أظهر الطرق ماذا وفى أن الاظهر من صحة الرهن وفساده ماذا (أما) الاول فالحق ما ذكره صاحب الشامل وهو أن الطريق الاول أقرب الي القياس (والثاني) أقرب الى النص (والثالث) أبعد الثلاثة (أما) كون الاول أقرب الي القياس فلان فى كون التدبير وصية أو تعليق عتق بصفة قولين معروفين وقضية كونه وصية صحة الرهن (وأما) كون الثانى أقرب الى النص فلأن كلامه فى الام كالصريح فى القطع بالمنع لانه قال ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخا ولو قال رجعت عن التدبير ثم رهنه فقولان فخص القولين بما بعد الرجوع (وأما) الثاني فعامة الاصحاب مائلون الى ترجيح البطلان كما نص عليه وربما وجهوه بأن العتق مستحق بالتدبير فلا يقوي الرهن على دفعه واختار الامام وصاحب الكتاب ترجيح الصحة قال الامام أما إذا قلنا إنه وصية فظاهر (وأما) إذا قلنا إنه تعليق عتق بصفة فلانه مع ذلك محسوب من الثلث بخلاف العتق المطلق النازل فى حياة المعلق والدين محسوب من رأس المال *

مباحا ألا ترى أن المكاتب يعجز نفسه فينقطع به حق السيد عنه والزوج يطلق قبل الدخول فينقطع به حق المرأة فى نصف الصداق عنه وانما يمتنع اذا كان ذلك مقصوداً للشرع فحينئذ يمتنع كل منهما أن يفارقه لاستلزامه تفويت التقابض المستحق بالعقد شرعاً تحرزاً عن الربا والله اعلم * هذا كله اذا فرعنا على قول ابن سريج وان فرعناه على ما اختاره الماوردى فالخيار باق بحاله فان تقابضا بعد ذلك قبل الافتراق صح العقد واستقر وكانا بالخيار مالم يتفرقا أو يتخايرا كذلك صرح الماوردى والله أعلم * وعلى ما اختاره أكثر الأصحاب لا اشكال فى التفريع فان التخاير ملحق بالتفرق من جميع وجوهه ومقتضي ذلك أن يأثما به كما يأثمان بالتفرق والتخاير المبطل أن يكون منهما معا لأنه الذى ينقطع به خيارهما كالتفرق اما اذ أجاز أحدهما فليس ذلك فى معني التفرق حتي يبطل به فان مجلس العقد باق فان أجاز الآخر بعد ذلك قبل التقابض لاإثم كما تقدم وفي الحكم باثم السابق بالاجازة من غير مواطأة نظر وهذا الذى قلته من التفريع على قول أكثر الأصحاب تفقه لم أر شيئا منه منقولا والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ ماتقدم من الكلام فيما اذا فارق أحدهما تفريعا على رأي ابن سريج صورته ان يكون بغير اذن صاحبه كذلك صرح به الوسيط وعبارته فى البسيط وان هرب أحدهما وهى أصرح في المقصود وعليه يحمل اطلاق الامام والرافعى أما لو فارق أحدهما برضى الآخر فان حكمه مالو تفرقا والله سبحانه أعلم *

﴿ فرع ﴾ جميع ماتقدم من الخلاف فى حكم الاجازة فى عقود الربا والصرف التى يشترط فيها التقابض ويبطلان العقد بذلك أو لزومه أوالغاء الاجازة وتفاريع ذلك جار بعينه فى السلم لو أجرت الاجازة قبل قبض رأس المال فيه ذكر القاضى حـ ين المسألتين وتكلم فيهما وكذلك الامام وصاحب التهذيب والله تعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ اذا باع مال ولده من نفسه فى عقد الصرف أو غيره مما يشترط فيه القبض فى المجلس وفارق مجلسه ذلك ولم يحصل القبض بطل العقد على أصح الوجهين فى أنه اذافارق المجلس يلزم

ولو مات ولم يخلف إلا هذا العبد والدين مستغرق ولا رهن لصرفناه الى الدين ولم نبال باندفاع العتق فلا معنى لمنعه من الرهن لغرض العتق (وقوله) فى الكتاب وفيه قول مخرج إنما سماه مخرجاً لان المنصوص البطلان وهذا مخرج من أن التدبير وصية وطريقة القولين هى التى أوردها فى الكتاب ويجوز الاعلام بالواو لغيرها (الرابعة) المعلق عتقه بصفة نصوره على وجوه (أحدها) أن يرهن بدين حال أو مؤجل يتيقن حلوله قبل وجود الصفة فهو صحيح ويباع فى الدين فلو لم يتفق

العقد وقبل لايلزم الا باختيار اللزوم وذكر الماوردى أنه قول جمهور أصحابنا فعلى هذا فى الصرف يجوز أن يقبض بعد مفارقة المجلس مالم يبطل الخيار باختيار اللزوم قاله صاحب التهذيب وصاحب العدة ولنا وجه فى أصل المسألة انه لا يثبت فى هذا العقد خيار مجلس اصلا وعلى هذا ايضا يكون المعتبر مجلس العقد فاذا فارقه بطل قاله صاحب العدة والله اعلم *

﴿ فروع ﴾ حيث اشترطنا التقابض فسواء تركه ناسيا ام عامداً فى فساد البيع نص عليه الشافعى رحمه الله في الأم وسواء علما فساد العقد بتأخر القبض أم جهلا قاله الماوردى وسواء كان ذلك اختياراً أو كرها نقله صاحب الاستقصاء عن الايضاح ولم أر ذلك فى غير الاستقصاء * ولعلك أن تقول قد حكوا خلافا فى انقطاع الخيار بالتفرق على وجه الاكراه والصحيح أنه لاينقطع فجعلوا الاكراه هناك عذراً فهلا كان هاهنا عذراً وكيف يحكم ببطلان العقد مع بقاء الخيار الدال على بقاء المجلس والشرط أن يتقابضا فى المجلس لاغير وأن يكون ذلك التفرق كلاتفرق « فان قلت » قد نص الشافعى رحمه الله على أن النسيان فى ذلك كالعمد وهو يشعر بأن الاكراه كالاختيار « قلت » النسيان له صورتان أن ينسى العقد ويفارق المجلس ثم يتذكر وفى هذا قال امام الحرمين رحمه الله لاشك أنه ينقطع خياره وأنه لاوجه لتقريب ذلك من الحنث فى اليمين فان الحنث جعل اليمين وازعة اليمين المنسية لاتزع والناسى اذا فارق مجلس العقد فى حكم مضيع حق نفسه بالنسيان وقصد بهذا الفرق بينه وبين المكره فهذه الصورة اذا حمل كلام الشافعي رضى الله عنه عليها لاترد على المكره لأن الاكراه تعلق بالتفرق والاكراه يسقط اعتبار المكره عليه فصار وجود التفرق كعدمه والنسيان

يبعه حتى وجدت الصفة فيبني على القولين في أن أمر الاعتبار فى العتق المعلق بحالة التعليق أم بحالة وجود الصفة (ان قلنا) بالاول عتق وللمرتهن فسخ البيع المشروط فيه الرهن ان كان جاهلا (وان قلنا) بالثاني فهو كاعتاق المرهون وسيأتي (والثاني) أن يرهن بدين مؤجل يتيقن وجود الصفة قبل حلوله ففيه طريقان (عن صاحب الافصاح) أنه على القولين فى رهن ما يتسارع اليه الفساد فعلى قول يباع إذا قرب أوان وجود الصفة ويجعل ثمنه رهنا قال الامام وهذا البناء إنما ينتظم إذا قلنا بنفوذ العتق المعلق قبل الرهن عند وجود الصفة حالة الرهن (أما) إذا لم نقل بذلك فلا نخاف تسارع الفساد اليه وفوات الوثيقة فيوجه الخلاف بشيء آخر وهو أن الرهن هل يصلح دافعا للعتق المستحق بالتعليق فتارة نقول نعم كالبيع وأخري نقول لا لضعفه (والطريق الثاني) وهو المشهور القطع بالمنع لفوات مقصود الرهن قبل المحل وليس ذلك كرهن مايتسارع اليه الفساد لان الظاهر من حال صاحب الطعام الرضا بالبيع عند خوف الفساد كيلا يضيع والظاهر من حال المعلق امضاء العتق (والثالث) ان لايتيقن واحد من الامرين بل يجوز تقدم الصفة على حلول الدين وبالعكس فقولان (أصحهما) المنع لما فيه من الغرر (والثاني) وبه قال أبو حنيفة وأحمد أنه يصح لان الاصل استمرار الرق وقال القاضي أبو الطيب هذا

المذكور لم يتعلق بالتفرق بل التفرق مقصود والنسيان متعلق بالعقد فلا جرم رتب على التفرق المقصود اختيارا أثره (وأما) الصورة الثانية من النسيان فهي أن يوجد منه التفرق غير قاصد له بل على وجه السهو والغفلة وان كان فى تسمية هذا نسيانا نظر فهذا اذا وقع على هذه الصورة يمكن إلحاقه بالاكراه بل يتعين وقد قال صاحب الذخائر فى الناسى إن بعض أصحابنا قال ينقطع خياره بالمفارقة ناسيا لأنه لايعدم سوى القصد ولاتأثير للقصد إذ هو غير شرط قال وفيه نظر فانه حق ثابت لم يرض باسقاطه فكيف يسقطه ويحتمل تخريجه على من أكره على التفرق وترك التخاير وكذلك القول فى الجاهل آل القول فى ذلك الى أن القصد فى التفرق هل يشترط أم لا فمن لم يشترطه اكتفى بصورة التفرق ومن اشترطه لم يكتف بذلك ولايرد عليه الجنون لأنه انتقل عنه الخيار الى غيره فهو كليت «قلت» فاذا تأملت كلام صاحب الذخائر وما فيه بعض الاصحاب التى نقلها علمت أن ذلك الكلام انما يظهر فى الصورة الثانية وتقوي فيه حينئذ ماقاله صاحب الذخائر ومتى حمل على الاول لايستقيم عليه صاحب ذلك الوجه ومتى ثبت أن التفرق على وجه السهو والغفلة لايقطع الخيار يجب أن لايبطل العقد بالتفرق على ذلك الوجه قبل القابض والله عز وجل أعلم * (وأما) الفرع الثانى الذى قاله الماوردى رحمه الله تعالى فظاهر لأن الجهل بالحكم الشرعى لايدفع ثبوته وقول صاحب الذخائر المتقدم فيه فيه نظر ان حمل على الجهل بالحكم يتعين ماقلناه من سقوط الخيار وان حمل على الجهل بان ذلك العقد سمي تفرقا اتجه أن يبقى خياره والله سبحانه وتعالى أعلم *

مخرج من تجويز رهن المدبر بناء على أن التدبير تعليق عتق بصفة وعن صاحب الافصاح طريقة قاطعة بالمنع ههنا فهذا كلام الاصحاب فى المسألة وقد عرفت منه فتواهم بالبطلان وايراد صاحب الكتاب يقتضي ترجيح الصحة ههنا أيضا *

قال (ويصح رهن الثمار بعد بدو الصلاح (والاصح) جوازه أيضا قبل بدو الصلاح وان لم يشترط القطع ولكن عند البيع يشترط القطع * وقيل لايجوز الا بالتصريح بالاذن في شرط القطع عند البيع) *

اذا رهن الثمار على الاشجار فاما أن يرهنها مع الاشجار أو وحدها (الحالة الاولى) أن يرهنها مع الاشجار فينظر ان كانت الثمرة مما يمكن تجفيفها صح الرهن سواء بدا الصلاح فيها أو لم يبد وسواء كان الدين حالا أو مؤجلا وإن كانت مما لايمكن تجفيفها ولم نصحح رهن مايتسارع اليه الفساد فطريقان (أشبههما) أنه لايصح فى الثمار وفى الاشجار قولا تفريق الصفقة (والثاني) يصح فيهما قولا واحدا وتكون الثمار تابعة للاشجار (الحالة الثانية) أن يرهنها وحدها فان لم يمكن تجفيفها فهو كرهن مايتسارع اليه الفساد علي وجه الارض وإن أمكن تجفيفها فاما

﴿ فروع ﴾ نص عليها الشافعي رحمه الله تعالى فى الام * قال رضى الله عنه ومن اشترى فضة بخمسة دنانير ونصف فدفع اليه ستة وقال خمسة ونصف بالذى عندى ونصف وديعة فلا بأس به ولا بأس اذا صرف منه وتقابضا ان يذهبا فيزنا الدراهم وكذلك لا بأس أن يذهب هو على الانفراد فيزنها وحمله صاحب البيان على أن يكون أحدهما عرف الوزن وصدقه الآخر وتقابضا على ذلك وما حمله عليه فيه بحث سأذكره فى باب الصبرة بالصبرة والله أعلم * قال الشافعى رحمه الله ولا بأس أن يصرف الرجل من الصراف دراهم فاذا قبضها وتفرقا أودعه إياها *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعى رحمه الله تعالى لا بأس أن يقبض بعد الصرف ويدفع ما قبضه منه إلى غيره أو يأمر الصراف أن يدفع باقيه الى غيره اذا لم يتفرقا من مقامهما حتى يقبضا جميع ما بينهما مثاله أن يصرف دينارا بعشرين منه عشرة ثم عشرة قبل أن يتفرقا وكذلك قال الماوردى رحمه الله لا يلزم دفع جميعه مرة واحدة والله تعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو اختلفا بعد الافتراق فقال أحدهما تفرقنا عن قبض وقال الآخر بخلافه كان القول قول من أنكر القبض ويكون الصرف باطلا قاله الماوردى وقال (فان قيل) أليس لو اختلفا بعد الافتراق فى الامضاء والفسخ كان القول فى أحد الوجهين قول من يدعى الامضاء والبيع لازم فهلا كان اختلافهما فى القبض مثله (قيل) الفرق بينهما أن من ادعى الفسخ ينافى بدعواه مقتضى العقد لان مقتضاه اللزوم والصحة إلا أن يتفقا على الفسخ فكان الظاهر موافقاً لقول من ادعى الامضاء وليس

أن يرهن قبل بدو الصلاح أو بعده (القسم الاول) أن يرهن قبل بدو الصلاح فان رهنها بدين حال وشرط قطعها وبيعها أو بيعها بشرط القطع جاز وان أطلق فقولان (أحدهما) لا يجوز كما لا يجوز بيعها مطلقا (وأصحهما) الجواز لان حق المرتهن لا يبطل باجتياحها وحق المشتري يبطل وأيضا فان الحلول قرينة نازلة منزلة شرط القطع * وان رهنها بدين مؤجل نظر ان كان يحل مع بلوغ الثمار أوان الادراك أو بعده فهو كما لو كان حالا وان كان يحل قبل بلوغها أوان الادراك فان رهنها مطلقا فقولان (أصحهما) لا يصح لان العادة فى الثمار الابقاء الى الادراك فأشبه ما لو رهن شيئا على أن لا يبيعه عند المحل الا بعد أيام (والثاني) يصح لان مقتضى الرهن البيع عند المحل فكأنه شرط بيعه عند المحل * وان رهنها بشرط القطع عند المحل فطريقان (منهم) من طرد القولين ووجه المنع التشبيه بما اذا باع بشرط القطع بعد مدة (ومنهم) من قطع بالجواز واليه أشار الشيخ أبو حامد وصاحب التهذيب * وعن صاحب التقريب طريقة قاطعة بالمنع فيما اذا رهنها مطلقا كما اذا باعها (والقسم الثانى) أن يرهن بعد بدو الصلاح فيجوز بشرط القطع ومطلقا ان رهنها بدين حال أو مؤجل هو فى معناه وان رهنها بمؤجل يحل قبل بلوغها أوان الادراك فعلى ما ذكرنا فى القسم الاول * اذا وقفت على هذا التفصيل عرفت أن مطلق قوله فى الكتاب

كذلك من ادعى القبض لأن الأصل عدم القبض على أن أصح الوجهين أن القول قول مدعي الفسخ (قلت) قوله ان أصح الوجهين أن القول قول مدعى الفسخ وافقه عليه ابن أبي عصرون وهو مخالف لما صححه الرافعى وجماعة أن القول قول المنكر للفسخ لانه الأصل (وأما) ماجزمه بأن القول قول منكر القبض فقد خالفه فيه ابن عصرون ونقل فقال ان كان ما باع كل واحد منهما في يده فالقول قول من يدعي عدم حصول القبض لأن الحال يشهد به وان كان المالان في يد أمين لايعلم الحال أو فى موضع البائع فالقول قول من يدعي حصول القبض لأن الاصل صحة العقد ووجود مايقتضيها وكذلك لو أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الصحة لان معها زيادة علم هكذا ذكر فى الانتصار ووقع فى النسخة التى وقفت عليها من المرشد فى القسم الأول أن القول قول من يدعى حصول القبض ونقله ابن الرفعة عنه كذلك نجعل القول قول من يدعى حصول القبض فى القسمين وذلك محمول على غلط من النسخة سقط منها عدم من النسخة التى رأيتها ومن النسخة التى وقعت لابن الرفعة وايس فى المرشد تعليل يرشد الى المعني فلذلك وقع الوهم لابن الرفعة وهذه من آفة الكتب المختصرة (وأما) الانتصار فوقع الكلام فيه على الصواب وتعليله يرشد اليه على أن ماقاله الماوردى أقوى مماقاله ابن أبي عصرون لكن ابن الرفعة بعد أن حكى كلام صاحب المرشد علي ما وجده قال و يعضد ذلك ماحكاه ابن الصباغ فى السلم فيما اذا اختلفا فى قبض رأس المال قبل التفرق أو بعده أن القول قول من يدعى الصحة قال ولم يحك سواه وطرده فيما اذا كان فى يد المسلم وادعى المسلم اليه أنه أودعه إياه أو غصبه

(قاعدة) الأصل عندنا وعند المالكية فى بيع الربويات بجنسها أو ما يشاركها في علة الربا التحريم إلا ماقام الدليل على اباحته وهذا الأصل مستفاد من قوله ﷺ «لاتبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق

ويصح رهن الثمار بعد بدو الصلاح على ما اذا يجب تنزيله (وقوله) وقيل هو القول الثاني * ومتى صح رهن الثمار على الاشجار فؤنة السقى والجذاذ والتجفيف على الراهن دون المرتهن فان لم يكن له شيء باع الحاكم جزءا منها وأنفقه عليها * ولو توافق الراهن والمرتهن على ترك السقى جاز بخلاف علف الحيوان وحكى الروياني عن بعض الاصحاب انه يجبر عليه كما يجبر على علف الحيوان وادعى انه الاصح وإذا أراد أحدهما قطع الثمرة قبل أوان الجذاذ فللآخر أن يمتنع منه وبعد أوان الجذاذ ليس له ذلك بل يباع فى الدين ان حل وإلا أمسكه رهنا *

(فرعان) (أحدهما) الشجرة التى تثمر في السنة مرتين يجوز رهن ثمرتها الحاصلة بالدين الحال والمؤجل الذي يحل قبل خروج الثمرة الثانية أو قبل اختلاطها بالأولى وإلا فان شرط أن لا تقطع عند خروج الثانية لم يصح وان شرط قطعها صح وان أطلق فقولان فان صححنا أو رهن بشرط القطع ثم لم يتفق القطع حتى حصل الاختلاط ففى بطلان الرهن قولان كالقولين

إلا وزناً بوزن مثلا بمثل سواء بسواء» لفظ مسلم رحمه الله تعالى فى حديث ابن سعيد وفى حديث عبادة «سمعت رسول الله ﷺ ينهي عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عيناً بعين فمن زاد اوازداد فقد اربا» لفظ مسلم أيضاً ومن قوله ﷺ فى الحديث الذى رواه عمر رضي الله عنه «الذهب بالورق ربا الاها وها» الحديث متفق على صحته لفظ البخارى «الذهب بالورق» ولفظ مسلم الورق بالذهب ومن قوله ﷺ «فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» لفظ مسلم فى حديث عبادة * وجه الاستدلال انه ﷺ فى الحديث الاول صدره بالنهي ثم استثنى منه وفي حديث عمر رضى الله عنه صدر بالحكم على ذلك بالربا ثم استثنى وفى الحديث الآخر وهو بقية حديث عبادة علقه على شرط والشروط عدم عند عدم الشرط والأصل عدمه وهذه قاعدة شريفة نافعة فى مسائل من باب الربا كمسألة بيع الحفنة بالحفنتين والجهل بالمماثلة وغير ذلك كما سننبه عليه إن شاء الله تعالى * وفى مظان الاشتباه وتعارض المأخذ اذا تساوت يجب الحكم بالتحريم عملا بالاصل وقد صرح الشافعى رحمه الله تعالى فى الام بأن الاصل ذلك ويخالفنا فى ذلك الحنفية لأن الاصل عندهم فى ذلك الجواز لاندراجه في جملة البيع ويجعلون عقود الربا وسائر مانهى عنه مخرجا من ذلك الاصل ويؤول تحقيق بحثهم الى أن عقد الربا اشتمل على وصف مفسد فهو كسائر البيوع التى اقترن بها ما يفسدها وممن صرح بنقل هذين الأصلين عند المذهبين من أصحابنا الخلافيين الشريف المراغي وأبو المظفر بن السمعاني ومحمد بن يحيي وغيرهم قالوا والالفاظ المراعى الأصل عندنا فى الاموال الربوية التحريم والجواز ثابت على خلافه رخصة مقيدة بشروط وعندهم الاصل الجواز والتحريم ثبت على خلافه عند المفاضلة * ونقل ابن العزبى المالكى عن أبي المطهر خطيب أصفهان قال قال لنا

فى البيع إذا عرضت هذه الحالة قبل القبض والرهن بعد القبض كالبيع قبله لأن المرتهن أنما يتوثق بعد القبض فهو والمرهون عنده كالبائع والمبيع محبوس عنده (فان قلنا) يبطل الرهن فذاك (وان قلنا) لا يبطل فلو أنفق قبل القبض بطل وفيه وجه سيأتي نظيره فيما إذا تخمر العصير قبل القبض وان لم يبطل فان رضى الراهن بأن يكون الكل رهناً أو توافقا على أن يكون النصف من الجملة مثلا رهناً فذاك وإن تنازعا فى قدر المرهون فالقول قول الراهن مع يمينه كما لو اختلطت الحنطة المرهونة بحنطة أخري للراهن * وقال المزني القول قول المرتهن مع يمينه لأن اليد له كما لو تنازعا فى ملك * وأجاب الاصحاب بأن اليد تدل على الملك دون الرهن ألا ترى أنه لو قال من في يده المال رهنيه وأنكر المالك كان القول قوله وذكر الرويانى فى مسألة الحنطة ان طرد الخلاف محتمل لتعذر الفرق (الثاني) إذا رهن زرعاً بعد اشتداد الحب نظر ان كان ترى حباته فى السنبلة صح وإلا فقولان كما فى البيع (والاصح) المنع * ولو رهنه وهو بقل فهو كما لو رهن الثمرة قبل بدو الصلاح وعن صاحب التلخيص أنه

المنذرى الأصل فى الأموال الربوية حظر البيع حتى يتجه تحقيق التماثل وعند أبى حنيفة رحمه الله الاصل إباحة البيع حتى يمنعه حقيقة التفاضل وما قلناه أصح وممن صرح بهذا الاصل من المالكية الطرطوشى وابنه فى كلامه وقد رأيت ماهو منسوب الى الحنفية فى كتبهم وتحقيقه عندهم ماقدمته وهذه القاعدة يظهر نفعها فى مواضع سأنبه عليها إن شاء الله تعالى وتقدم التنبيه على بعضها (فان قلت) كيف تستقيم دعوى هذه القاعدة وقد اشتهر عن الشافعى رحمه الله تعالى فى كلامه فى معنى قوله تعالى (وأحل الله البيع) وان أظهر معانيها عنده أنها عامة تتناول كل بيع و تقتضى إباحة جميعها إلا ماخصه الدليل وقد تقدم فى هذا المجموع ذكر أقوال الشافعى رحمه الله تعالى فى ذلك وأن هذا القول أصحها عنده وعند اصحابه وعقد الربا فرد من أفراد البيوع فيكون الأصل فيه الجواز كما تقوله الحنفية وماخرج منها بالتخصيص كان على خلاف الأصل (قلت) مسلم أن الآية شملت دلالتها كل بيع وأخرج منها عقود الربا بقوله «لاتبيعوا الذهب بالذهب» الحديث ونظائره و بقوله تعالى (وحرم الربا) ان صح الاستدلال منه لما سننبه عليه إن شاء الله تعالى فصار هذا أصلا ثابتاً أخص من الأول لأن هذا خاص بالربويات ثم استثني من هذا الأصل أحوال وهو ماإذا حصلت المساواة والحلول والتقابض فى الجنس الواحد والحلول والتقابض خاصة فى الجنسين فابو حنيفة رحمه الله نظر الى الاصل الأول وهو إباحة البيوع وجعل صورة المفاضلة فى الربويات مخرجة منه والشافعى رحمه الله نظر الى الأصل الثاني القريب وهو التحريم فى الربويات كلها ثم جعل حالة التماثل مخرجة منه والحنفية ينازعون فى تقرير هذا الأصل الثانى ويقولون إن قوله لاتبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء وماأشبهه من هذه الصيغ فى معني وقد صرح الشافعي رحمه الله فى الام بان أصل البيوع كلها مباح إلا مانهى عنه النبى صلى الله عليه

لايجوز إذا كان الدين مؤجلا قولا واحداً وان صرح بشرط القطع عند المحل لان الزرع لايجوز بيعه اذا تسنبل وقد يتفق الحلول في تلك الحالة ولان زيادة الزرع بالطول فهى كثمرة تحدث وتختلط بالمرهون وزيادة الثمرة بكبر الحبة فهى كالسمن *

قال ﴿ فان قيل هل يشترط أن يكون المرهون ملكا للراهن (قلنا) لا فقد نص الشافعي على أنه لو استعار الرهن جاز * وفى تغليب حقيقة الضمان أو العارية تردد قول * والاولى أن يقال هو فيما يدور بين الراهن والمرتهن رهن محض وفيما بين المعير والمستعير عارية * وبما بين المعير والمرتهن حكم الضمان أغلب فيرجع فيه مادام فى يد الراهن * ولا يرجع بعد القبض على الاصح لانه ضمن له الدين فى عين ملكه ويقدر على اجبار الراهن على فكه بأداء الدين لانه معير فى حقه ان كان الدين حالا * وان كان مؤجلا فقولان * ولا يباع فى حق المرتهن إلا إذا أعسر الراهن * ولو تلف فى يد المرتهن فلا ضمان على أحد على الاصح * وان تلف فى يد الراهن ضمن لانه مستعير * و لا صح

وسلم وما فى معناه كل ذلك واحد ثم تارة يجعلون المقصود فساد البيع عند عدم المماثلة التي هي واجبة قال هؤلاء لأن الكلام المقيد بالاستثناء يصير عبارة عن ماوراء المستثنى وكلهم يحومون على جعل المعني كلاما واحدا ولذلك يبنون كلامهم في باب الربا على حديث أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أواستزاد فقد أربا » رواه مسلم رحمه الله تعالى فلم يأت فى هذا اللفظ صيغة نهى واستثناء فكان المعنى الحكم بايجاب المماثلة قالوا ولا يتصور الحكم بدون محله ومحل المماثلة وهو القابل لها فعرفنا أن المحل الذي لايقبل المماثلة فى الكيل اجماعا والجواب عن هذا أن كلا من خبر ابى سعيد وخبر عبادة ورد بلفظ الاثبات فقط وورد بلفظ النهى والاستثناء والفاظهما بذلك كلها فى الصحيح ولا تنافى بينهما واللفظ الذى فيه نفى واثبات فيه زيادة على مافيه اثبات فقط فيجب العمل بمقتضاه ودعواهم أن النهى والاستثناء فى معنى كلام واحد وهو النهى عما وراء المستثنى فقط وايجاب المستثنى فقط ممنوعة ولا دليل عليها وفيها تعطيل لبعض مدلول الكلام فهذه قاعدة مهمة ينبغى الاعتناء بها فمن اتقنها وأتقن تحقيق العلة فى الربويات • وهل الجنس وصف فى العلة أو شرط فيها او محل لها وحقق النظر فى الاجناس فقد أحاط علما بجميع أصول هذا الباب ولولا خوف الاطالة لامعنت الكلام فى هذه القاعدة أكثر من هذا ولكني أرجو أن يكون فيما ذكرته كفاية وسوف أعود اليها عند الكلام في اعتبار التساوى فى الكيل فى أول الاصل السادس من كلام المصنف ان شاء الله تعالى وسأنبه على الامرين الآخرين اللذين أشرت اليهما ان شاء الله تعالى فى محلها والله تعالى أعلم (فائدة) تقدم أن الاصح عند الشافعى رحمه الله تعالى أن البيع على عمومه الاماخصه الدليل

أنه يشترط فى هذه الاعارة ذكر قدر الدين وجنسه ومن يرهن عنده لان معني الضمان ظاهر فيه والغرض يختلف به) *

لما كان حجة الاسلام يتكلم فى هذا الركن فى شرائط المرهون بحث عن أنه هل يشترط كون المرهون ملكا للراهن والجواب الجلى أنه ليس بشرط على المذهب والتفصيلى أنه اذا استعار عبد الغير ليرهنه بدينه فرهنه فسبيل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان فيه قولان (أحدهما) سبيل العارية لانه قبض مال الغير باذنه لينتفع به ضرب انتفاع واشبه او استعاره للخدمة (وأصحهما) أن سبيله سبيل الضمان ومعناه أنه ضمن دين الغير فى رقبة ماله كما لو أذن لعبده فى ضمان دين غيره يصح وتكون ذمته فارغة وكذلك أن يلزم ذمته دين الغير وجب أن يملك الزامه فى عين ماله لان كل واحد منهما محل حقه وتصرفه * ولو قال المديون لغيره ارهن عبدك بديني من فلان فهو كما لو قبضه ورهنه (وقوله) فى الكتاب وفى تغليب حقيقة الضمان أو العارية تردد قول أشار به الى ماذكره الامام من أن فى العقد شبها من

وهو مذهب أكثر الفقهاء وللشافعي أقوال أخر تقدم نقلها في هذا المجموع وفي المسألة قول آخر لبعض الفقهاء لم تتقدم حكايته فاحببت أن أنبه عليه وهو ان البيع في الآية من قبيل العموم الذي لاخصوص فيه ولا يدخله الخصوص لانه لابيع الا وهو حلال وهؤلاء يمنعون تسمية شيء من البياعات الفاسدة بيعا ويقولون ان نفي الحكم عن الاسم يمنع من وقوع الاسم عليه الا مجازا حكى ذلك القاضي عبد الوهاب المالكي فعلى هذا لايبقى للحنفية فيه دليل على مايدعونه والله سبحانه وتعالى اعلم ﴿فائدة﴾ أخرى تقدم في كلامي توقف في الاستدلال بقوله تعالى (وحرم الربا) على تخصيص البيع وذلك لأن الناس اختلفوا في مدلول الربا فقال أبو داود الظاهري حقيقة هذه اللفظة الزيادة في نفس الشيء خاصة لقوله تعالى (فاذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) والارض انما تربو في نفسها لافيما يقابلها ولا يطلق على الزيادة في المقابل الا مجازا ولعله ذهب الى ذلك حتى يسد باب الاحتجاج على أبيه فقوله تعالى (وحرم الربا) وانه يشمل الربا فيما عدا الاشياء الستة المنصوص عليها وقال ابن سريج انه وان وضع للزيادة في نفس الشيء فانه يطلق على الزيادة فيما يقابله عرفا ويكون من الاسماء العرفية في الشرع كالصلاة ومال آخرون الى انطلاق اللفظ على المعنيين انطلاقا متساويا ومن الناس من ذهب الى أن هذه التسمية تطلق على كل بيع محرم واضيف هذا المذهب الى عائشة رضي الله عنها لاجل قولها لما نزلت الآيات من آخر سورة البقرة في الربا «خرج النبي ﷺ فحرم التجارة في الخمر» متفق عليه أشارت الى أن بيع الخمر لما كان محرما كان ربا * واضيف أيضا الى عمر رضي الله عنه لقوله إن من الربا بيع التمر وهي معصفة قبل أن تطيب ويحتجون باطلاق اسم الربا على النسيئة في الذهب بالفضة لكونها محرمة وان كان التفاضل جائزا حكى هذه الأقوال الأربعة الامام ابو عبد الله المازري المالكي فعلى قول ابن داود لايكون الربا داخلا في مسمى البيع البتة حتى يختص به بل يكون

هذا وشبها من ذاك وليس القولان في أنه يتمحض عارية أو ضماناً وانما في أن المغلب أيهما (وقوله) والاولى أن يقال هو فيما يدور بين الراهن والمرتهن لبس للاشعار بتردد في هذه القضية ولكن أراد أنه لاينبغي أن نحكم بتغليب أحد الطرفين على الاطلاق بل نفصل التفصيل الذي ساقه (وقوله) ونما بين المعير والمستعير الى آخره غير مساعد عليه بل على قول الضمان المعير ضامن في عين ماله والمستعير مضمون عنه وليس ما بين المعير والمستعير عارية محضة على ما نبين في التفريع ان شاء الله تعالى وذكر في الوسيط القولين مستخرجا من تردد الشافعي رضي الله عنه في أحكام المسألة لكن الشيخ أبا حامد في آخرين نقلوهما عن الرهن الصغير منصوصين ثم لهما فروع كثيرة ذكر بعضها في الكتاب فنشرحه ونضم اليه مايتفق (فمنها) أن على القولين جميعاً هذا التصرف جائز ويخالف مالو باع مال الغير لنفسه لان البيع معاوضة فلا يملك الثمن من لا يملك المثمن والرهن استيثاق يحصل بما لايملك كما يحصل

واردا فى ربا الجاهلية وهو أن يكون للرجل على الرجل الحق الى أجل فاذا حل الاجل قال اتقضى أم تربى فان قضاه أخـذه والا زاده فى حقه وزاده الآخر فى الأجل * وقد ذهبت طائفة منهم القاضى أبو حامد من أصحابنا الى حمل الآية على ذلك وأن الألف واللام فى الربا للعهد وليس هذا موضع تقوية ذلك أو توهينه ولكن غرضى أن تخصيص قوله (وأحل الله البيع) بها لا يلزم من نزاع مخالف تخصيصه بالنسيئة وهكذا فعل الشافعى رضى الله عنه قال فى الأم أصل البيوع كلها مباح اذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيما تبايعا الا مانهى عنه رسول الله ﷺ منها وما كان فى معنى مانهى عنه رسول الله ﷺ محرم باذنه داخل فى المعنى المنهى عنه وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من اباحة البيع فى كتاب الله تعالى اه فجعل المخصص هو السنة فحسب * وممن مال الى أن المراد بالربا كل بيع فاسد أبو بكر بن العربى المالكى وقال ان الآيتين يعنى قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) اقتضيا كتاب البيوع كله على الشمول دون التفصيل وفصله النبى ﷺ فى ستة وخمسين حديثا * وقال الرويانى قيل الربا فى الشرع اسم لمقابلة عوض بعوض مخصوص غير معلوم التماثل فى معيار الشرع حالة العقد أو تأخر فى البدلين أو فى أحدهما (قلت) وهذا حسن فى تعريفه سواء كان حقيقة أم مجازا *

﴿فصل﴾ فى مذاهب العلماء فى الأحكام التى ذكرها المصنف فى هذا الفصل الى هذا المكان *

اقتضى قول المصنف انه اذا باع الربوى بجنسه حرم فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض واذا باعه بما يشاركه فى العلة حرم النساء والتفرق فقط وان الشعير والحنطة جنسان فهذه خمسة أحكام (منها)

بالكفالة والاشهاد وعن ابن سريج أنا اذا جعلناه عارية لم يصح هذا الصرف لان الرهن ينبغى أن يلزم بالقبض والعارية لا تلزم فعلى هذا يشترط فى الرهن كون المرهون ملكا للراهن والصحيح) الاول والكلام فى أن هذه العارية هل تلزم سيأتى ان شاء الله تعالى * ثم العارية قد تلزم كما اذا أعار بقعة لدفن ميت ودفن فيها (ومنها) لو أذن فى رهن عبده ثم رجع عنه قبل الرهن أو بعده وقبل أن يقبضه المرتهن كان له ذلك (أما) على قول العارية فظاهر (وأما) على قول الضمان فلانه بعد لم يلزم ألا ترى أن المستعير مخير فى فسخ الرهن قبل القبض واذا لم يلزم فى حقه وهو المديون فأولى أن لا يلزم فى حق غيره (وأما) بعد قبض المرتهن فلا رجوع على قول الضمان وعلى قول العارية وجهان (أحدهما) وبه قطع الشيخ ابو محمد أن له أن يرجع جريا على مقتضى العارية (وأظهرهما) وبه قال القاضى لا يرجع والا لم يكن لهذا الرهن معنى ولا حصل به توثق * وعن صاحب التقريب انه اذا كان الدين مؤجلا ففى جواز الرجوع قبل حلول الاجل وجهان لتأقيته الاذن بمدة كما لو أعار للغراس مدة * ومتى حكمنا بالرجوع فرجع وكان الرهن مشروطا فى بيع فللمرتهن فسخ البيع اذا كان جاهلا بالحال (ومنها) هل للمالك

ماهو مجمع عليه (ومنها) ماهو مختلف فيه وسأبين ذلك واحدها واحدا إن شاء الله تعالى (الحكم الاول) تحريم التفاضل فى الجنس الواحد من أموال الربا إذا بيع بعضه ببعض كبيع درهم بدرهمين نقدا أو صاع قمح بصاعين أو دينارا بدينارين و يسمى ربا الفضل لفضل أحد العوضين على الآخر و رباالنقد فى مقابلة ربا النسيئة واطلاق التفاضل على الفضل من باب المجاز فان الفضل فى أحد الجانبين دون الآخر وقد أطبقت الامة على تحريم التفاضل اذا اجتمع مع النساء وأما إذا انفرد نقدا فانه كان فيه خلاف قديم صح عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما إباحته وكذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما مع رجوعه عنه وروي عن عبدالله بن الزبير رضي الله عنه وأسامة بن زيد رضى الله عنه وفيه عن معاوية شيء محتمل وزيد بن أرقم والبراء بن عازب من الصحابة رضى الله عنهم (فاما) التابعون فصح ذلك أيضاً عن عطاء بن أبي رباح وفقهاء المكيين وروى عن سعيد وعروة ثم روي عن ابن عباس مايقتضي رجوعه عن ذلك وكذلك عن ابن مسعود وأنتدب جماعة من العلماء لتبيين رجوع من قال بذلك من الصدر الاول والتشوف إلى دعوى الاجماع على التحريم * وهاأنا إن شاء الله تعالى أبين ماروى من الآثار عن القائلين بذلك ثم ماروى من رجوع من رجع عنه ثم أذكر كلام من تشوف لجعل المسألة إجماعية ثم أبين الحق فى ذلك بحول الله تعالى وقوته فهذه أربعة فصول (الاول) ماروى من الآثار عن القائلين بذلك * روينا عن أبي صالح الزيات أنه سمع أبا سعيد الخدرى رضى الله عنه

اجبار الراهن على فك الرهن (أما) من قال له أن يرجع ويسترد المال متى شاء بناء على قول العارية فلا حاجة عنده إلى هذا (وأما) من لم يقل بذلك فأن قلنا انه عارية فله اجباره على الفك (وان قلنا) انه ضمان فان كان الدين حالا فله ذلك لاستخلاص ملكه المشغول بوثيقة الرهن ولا يخرج على الخلاف في أن الضامن هل تلك اجبار الاصل على الاداء لتبرئة ذمته بسببها للشغل الذي اثبته باداء الدين وان كان مؤجلا فليس له اجباره عليه كمن ضمن دينا مؤجلا لايطالب الاصيل بتعجيله لتبرأ ذمته * ثم اذا حل الاجل وامهل المرتهن الراهن فللمالك أن يقول إما أن ترده إلى أو تطالبه بالدين ليؤدي فينفك الرهن كما اذا ضمن دينا مؤجلا ومات الاصل للضامن أن يقول اما أن تطالب بحقك من التركة أو تبرئني (وقوله) فى الكتاب لانه معير فى حقه ان كان الدين حالا هذا التعليل يقتضي القدرة على الاجبار سواء كان الدين حالا أو مؤجلا كما عرفته فكان الاحسن أن يقدم ويؤخر فيقول انه يقدر عليه ان كان الدين حالا لانه معير فى حقه وان كان مؤجلا فقولان وايراد الوسيط قريب من ذلك * ثم وجه أحد القولين بانه معير (والثاني) بأن فيه الزام أداء الدين قبل لزومه (ومنها) اذا حل أجل الدين أو كان حالا قال الامام (ان قلنا)

يقول الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم فقلت له فان ابن عباس لايقوله فقال أبو سعيد سألته فقلت سمعته من النبي صلى الله عليه وسلم أو وجدته فى كتاب الله تعالى فقال كل ذلك لا أقول وأنتم أعلم برسول الله صلى الله عليه وسلم منى ولكن أخبرنى أسامة بن زيد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لاربا إلا فى النسيئة » رواه البخارى ومسلم واللفظ للبخارى فيما رويناه عنه وقد اجتمع فى هذا الحديث ثلاثة من الصحابة يروي بعضهم عن بعض * وروى عن ابن الزبير المكي واسمه محمد بن مسلم بن تدرس - بفتح التاء ودال ساكنة وراء مضمومة وسين مهملة - قال « سمعت أبا اسيد الساعدي وابن عباس يفتي الدينار بالدينارين فقال له أبو اسيد الساعدى وأغلظ له قال فقال ابن عباس ما كنت أظن أن أحداً يعرف قرابتى من رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لى مثل هذا يا أبا أسيد فقال أبو أسيد أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الدينار بالدينار وصاع حنطة بصاع حنطة وصاع شعير بصاع شعير وصاع ملح بصاع ملح لافضل بينهما فى شيء من ذلك فقال ابن عباس انما هذا شيء كنت أقوله برأيي ولم أسمع فيه بشيء » رواه الحاكم فى المستدرك وقال انه صحيح على شرط مسلم رحمه الله وفى سنده عتيق بن يعقوب الزبيرى قال الحاكم انه شيخ قرشى من أهل المدينة * أبو أسيد - بضم الهمزة - وروينا فى معجم الطبرانى من حديث أبي صالح ذكوان أنه سأل ابن عباس عن بيع الذهب والفضة فقال « هو حلال بزيادة أو نقصان إذا كان يداً بيد قال أبو صالح فسألت أبا سعيد بما قال ابن عباس وأخبرت ابن عباس بما قال أبو سعيد والتقيا وأنا معهما فابتدأه أبو سعيد الخدرى فقال

انه ضمان فلا يباع فى حق المرتهن ان قدر الراهن على أداء الدين الا باذن مجدد وان كان معسرا فتباع وان سخط المالك (وان قلنا) انه عارية فلا يباع الا باذن مجدد سواء كان الراهن موسرا أو معسرا قال وقياس طريق القاضي حيث حكم بلزوم الرهن على قول العارية تجويز بيعه عند الاعسار من غير مراجعة كما على قول الضمان وتابعه المصنف على ماذكر وليعلم قوله الا اذا أعسر الراهن لما حكاه على قول العارية ولك أن تقول الرهن وان صدر من المالك فانه لا يسلط علي البيع الا باذن جديد فان رجع ولم يأذن فحينئذ يباع عليه على ماسيأتى إن شاء الله تعالى فاذا المراجعة لا بد منها * ثم اذا لم ياذن فى البيع فقياس المذهب أن يقال ان قلنا انه عارية فيعود الوجهان فى أنه هل يمكن من الرجوع (وان قلنا) انه ضمان ولم يؤد الدين الراهن فلا يمكن من الاباء ويباع عليه معسرا كان الراهن أو موسرا كما لو ضمن فى ذمته يطالب موسرا كان الاصيل أو معسرا * ثم اذا اتفق بيعه فى الدين نظر ان بيع بقدر قيمته يرجع المالك على الراهن على القولين وان بيع باقل قدرا تغابن الناس بمثله فعلى قول العارية يرجع بتمام القيمة وعلى قول الضمان لايرجع الا بما بيع لانه لم ينقض الضامن من الدين الا ذلك القدر وان بيع

يا ابن عباس ما هذه الفتيا التي تفتي بها الناس في بيع الذهب والفضة تأمرهم أن يشتروه بنقصان أو زيادة يداً بيد فقال ابن عباس رضي الله عنهما ما أنا با قدمكم صحبة لرسول الله ﷺ وهذا زيد ابن أرقم والبراء بن عازب يقولان سمعنا النبي ﷺ » رواه الطبراني باسناد حسن * وروينا في صحيح مسلم رحمه الله أيضاً عن أبي نضرة ـ بالنون والضاد المعجمة ـ قال « سألت ابن عباس رضي الله عنهما عن الصرف فقال يداً بيد فقلت نعم قال لا بأس به فأخبرت أبا سعيد فقلت اني سألت ابن عباس عن الصرف فقال يداً بيد قلت نعم قال فلا بأس به قال أو قال ذلك انا سنكتب اليه فلا يفتيكموه قال والله لقد جاء بعض فتيان رسول الله ﷺ بتمر فأنكره قال كأن هذا ليس من تمر أرضنا قال كان في تمر أرضنا أو في تمرنا العام بعض الشيء فأخذت هذا وزدت بعض الزيادة فقال أضعفت أربيت لا تقربن هذا إذا رابك من تمرك شيء فبعه ثم اشتر الذي تريد من التمر » وقد روي القول بذلك عن ابن عباس من جهة جماعة من أصحابه منهم أبو الجوزاء وأبو مجلز وعبد الرحمن بن أبي نعيم وبكر بن عبد الله المزني وزيادتنا ذكر رواياتهم في ذلك ان شاء الله تعالى في فصل رجوعه عن ذلك (أما) عبد الله ابن عمر فروينا عن أبي نضرة المتقدم ذكره قال « سألت ابن عمر وابن عباس عن الصرف فلم يريا به بأساً فاني لقاعد عند أبي سعيد الخدري فسألته عن الصرف فقال ما زاد فهو ربا فأنكرت ذلك لقولهما فقال لا أحدثك إلا ما سمعت من رسول الله ﷺ جاءه صاحب نخلة بصاع من تمر طيب وكان تمر النبي ﷺ هذا اللون فقال له النبي ﷺ انى لك هذا قال انطلقت بصاعين فاشتريت به هذا

بأكثر من القيمة يرجع بما بيع على قول الضمان وعلى قول العارية وجهان (ذهب الاكثرون) الى أنه لا يرجع الا بالقيمة لان العارية بها تضمن (وقال) القاضي ابو الطيب يرجع بما بيع لانه ثمن ملكه وقد صرف الي دين الراهن وهذا أحسن واختاره ابن الصباغ والامام والقاضي الروياني (ومنها) لو تلف في يد المرتهن (ان قلنا) انه عارية فعلى الراهن الضمان كما لو تلف في يده (وان قلنا) انه ضمان فلا شيء عليه لانه لم يسقط الحق عن ذمته ولا شيء على المرتهن بحال لانه يمسكه رهناً لا عارية * وان تلف في يد الراهن فقد أطلق في الكتاب أنه يضمن لانه مستعير وفي تعليق الشيخ أبي حامد بناؤه على القولين كما لو تلف في يد المرتهن * ولو جنى في يد المرتهن فبيع في الجناية (فان قلنا) انه عارية فعلى الراهن القيمة وقال الامام هذا (اذا قلنا) العارية تضمن ضمان المغصوب والا فلا شيء عليه (وان قلنا) أنه ضمان فلا شيء عليه في هذه الصورة وأشار في المختصر الى القولين والى ترجيح قول الضمان فقال رضي الله عنه فلو أذن له في الرهن فرهنه فجنى فبيع في الجناية فأشبه الامرين أنه غير ضامن (ومنها) اذا قلنا انه ضامن وجب بيان جنس الدين وقدره وصفته في الحلول والتأجيل وغيرهما لاختلاف أغراض الضامن بذلك وذكر أبو علي

الصاع فان سعر هذا في السوق كذا وسعر هذا كذا فقال رسول الله ﷺ ويلك أربيت اذا أردت ذلك فبع تمرك بسلعة ثم اشتر بسلعتك أى تمر شئت قال أبو سعيد فالتمر بالتمر أحق أن يكون ربا أم الفضة بالفضة قال فأتيت ابن عمر بعد فنهاني ولم آت ابن عباس قال فحدثني أبو الصهباء انى سألت ابن عباس رضى الله عنهما بمكة فكرهه » رواه مسلم بهذا اللفظ وهذا لفظ روايتنا فيه وفى هذا الحديث ما يدل علي ان أبا سعيد رضى الله عنه استعمل القياس فى اشارته الى أن الفضة بالفضة أحق بالربا من التمر بالتمر وأن تحريم الربا فى الأشياء الستة معلل والمراد بالصرف الذى سئل عنه ابن عمر وابن عباس صرف النقد بجنسه مع عدم رعاية التماثل كذلك حمله عليه جماعة من العلماء وجعلوا ابن عمر ممن خالف ثم رجع وسياق الرواية يرشد الى ذلك وان كان يحتمل أن يحمل علي الصرف الجائز ويكون نهيه بعد ذلك تبيناً لمراده بالاطلاق أولا لارجوعاً لكن السياق وفهم أبى نضرة عنه يأباه والله تعالى أعلم (وأما) عبد الله بن مسعود فروى الامام الشافعي رضى الله عنه فى كتاب أحكام على وابن مسعود عن أبي معاوية عن الأعمش عن ابراهيم التيمى عن أبيه عن عبد الله قال لابأس بالدرهم بالدرهمين وهذا اسناد صحيح نقلته من نسخة معتبرة من الأم قال فيها الشافعي أخبرنا أبو معاوية ولا مانع من ذلك فانه عاصره وروي البيهقى ذلك فى كتاب المعرفة فقال عن الشافعى فيما بلغه عن ابن معاوية وقد روى أيضاً من طريق سعيد بن منصور عن أبى معاوية بهذا الاسناد فأيا ما كان فهو صحيح عن ابن مسعود ولفظ ابن مسعود فى رواية سعيد بن منصور « لاربا فيما كان

الزجاجى أنه أجاز فى القديم السكوت عن ذكر الحلول والتأجيل وهل يجب بيان من يرهن عنده عن صاحب التقريب فيه وجهان (والاصح) الوجوب وعلى القولين إذا عين شيئا من ذلك لم تجز مخالفته نعم لو عين قدراً جاز أن يرهن بما دونه ولو زاد فمنهم من قال يبطل فى الزائد وفى المأذون قولا تفريق الصفقة والصحيح البطلان فى الكل للمخالفة كما لو باع الوكيل بالغبن الفاحش لانقول يصح من البيع في القدر الذي يساوي الثمن * واذا قال المستعير أعرنى لأرهنه بألف أو من فلان فأعاره كان ذلك كتقييد الغير بنفسه على أظهر الوجهين تنزيلا للاسعاف على الالتماس (ومنها) لو أعتقه المالك (فان قلنا) إنه ضمان فقد حكى الامام عن القاضى أنه ينفذ وتوقف فيما ذكره وذكر فى التهذيب أنه كاعتاق الراهن (وان قلنا) إنه عارية فعن القاضى أنه على الخلاف من اعتاق المرهون وهذا بناء على لزوم هذا الرهن علي قول العارية وفى التهذيب أنه يصح ويكون رجوعاً وهو بناء على عدم اللزوم (ومنها) لو قال مالك العبد ضمنت مالفلان عليك فى رقبة عبدي هذا قال القاضى يصح ذلك على قول الضمان ويكون كالاعارة للرهن قال الامام وفيه تردد من جهة أن

بدأ بيد» ورواه البيهقى فى كتابيه السنن والآثار ومعرفة السنن مع روايته للفظ المتقدم بلفظ آخر ليس بصريح سأذكره ان شاء الله تعالى في فصل الرجوع عن ذلك ولا حاجة الى ذكره هنا للاستغناء بما هو اصرح منه والله اعلم (وأما) معاوية فلم يحقق ذلك عنه فانه روى عنه شيء يحتمل لذلك ولغيره وجرت له فى ذلك قصة مع عبادة بن الصامت رضى الله عنهما مشهورة وروى عن ابى الدرداء رضى الله عنه ولعلها جرت معهما مرتين اما قصة أبى الدرداء فروى مالك فى الموطأ عن زيد بن أسلم عن عطاء ابن يسار أن معاوية ابن أبى سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال له أبو الدرداء سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن مثال هذا إلا مثلا بمثل فقال له معاوية ما أرى بهذا بأساً فقال أبو الدرداء من يعذرني من معاوية أخبره عن رسول الله ﷺ ويخبرنى عن رأيه لا أساكنك بأرض أنت بها ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب رضى الله عنهما فذكر ذلك له فكتب عمر بن الخطاب الى معاوية الا يبيع ذلك الا مثلا بمثل وزناً بوزن» لفظ الموطأ ورواه النسائى الى آخر لفظ النبى ﷺ مثلا بمثل من طريق مالك والسقاية الاناء يسقى به والسقاية موضع السقى قاله فى المحكم * وروى مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه قصة عبادة مع معاوية عن أبى الأشعث واللفظ لمسلم وهذا لفظ رواية رويتنا فى صحيحه «قال غزونا غزاة وعلى الناس معاوية فغنمنا غنائم كثيرة فكان فيما غنمنا آنية من فضة فأمر معاوية رجلا أن يبيعها فى أعطيات الناس فتسارع الناس فى ذلك فبلغ عبادة بن الصامت فقام فقال اني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب

المضمون له لم يقبل ويجوز أن يعتبر القبول فى الضمان المتعلق بالاعتاق تقريباً له بالمرهون (وان قلنا) انه لا يعتبر فى الضمان المطلق فى الذمة *

(فرع) لو قضى المالك الدين من مال نفسه انفك الرهن ثم رجوعه على الراهن يتعلق بكون القضاء باذن الراهن أو عدمه وسيأتى ذلك فى باب الضمان فان اختلفا فى الاذن فالقول قول الراهن ولو شهد المرتهن للمالك قبلت شهادته لانه لم يجر نفعا ولا يدفع ضرراً ولو رهن عبده بدين الغير دون اذنه جاز ولو بيع فيه فلا رجوع *

قال (الركن الثاني المرهون به وله ثلاثة شرائط أن يكون دينا ثابتا لازما * فلا يرهن بعين * لم تثبت بعد كقوله رهنتك بما تقرضه مني أو بالثمن الذي التزمه بالشراء منك * ولو قال بعت منك العبد بألف وارتهنت الثوب به فقال اشتريت ورهنت جاز على الاصح * لان شرط الرهن فى البيع جائز للحاجة فمزجه به أولي وآكد * ولكن ليتقدم من الخطابين والجوابين لفظ البيع * وليتأخر لفظ الرهن حتى يتأخر تمام الرهن عند تمام البيع) *

والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عيناً بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربا فرد الناس ما أخذوا فبلغ ذلك معاوية فقام خطيباً فقال الا ما بال رجال يتحدثون عن رسول الله ﷺ أحاديث قد كنا نشهده ونصحبه فلم نسمعها منه فقام عبادة بن الصامت رضي الله عنه فأعاد القصة وقال لنحدثن بما سمعنا من رسول الله ﷺ وإن كره معاوية أو قال وان رغم ما أبالي ألا أصحبه في جنده ليلة سوداء» وفي رواية أبي داود والنسائي في هذا الحديث بأسانيد صحيحة «الذهب بالذهب تبرها وعينها وزنا بوزن والفضة بالفضة تبرها وعينها» وفيه «عندهما فمن زاد أو ازداد فقد أربى» وفي آخره عندهما «ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يداً بيد وأما النسيئة فلا» ولفظ ابن ماجه «وأمرنا أن نبيع البر بالشعير والشعير بالبر يداً بيد كيف شئنا» وهذا المنقول عن معاوية معناه انه كان لايرى الربا في بيع العين بالتبر ولا بالمصوغ وكان يجيز في ذلك التفاضل ويذهب الى أن الربا لا يكون في التفاضل الا في التبر بالتبر وفي المصوغ بالمصوغ وفي العين بالعين كذلك نقل عن ابن عبد البر فليس موافقاً لابن عباس مطلقا وان كان الذي ذهب اليه من الشذوذ الذي لا يعول عليه وسيأتي الكلام عليه قريبا ان شاء الله تعالى (وأما أسامة) فلا أعلم عنه في ذلك شيئاً

يشترط في المرهون ثلاثة أمور (أحدهم) أن يكون دينا (أما) الاعيان المضمونة في يد الغير اما بحكم العقد كالبيع او بحكم ضمان اليد كالمغصوب والمستعار والماخوذ على جهة السوم فلا يصح الرهن بها لان غرض الرهن بيع المرهون واستيفاء الحق من ثمنه عند الحاجة ويستحيل استيفاء تلك الاعيان من ثمن المرهون وقال الامام وجها انه يجوز الرهن بها بناء على تجويز ضمان الاعيان المضمونة والفرق على المذهب أن الضمان التزام في الذمة فلولم تتلف العين المضمونة لم يجر الالتزام ضررا وفي الرهن دوام الحجر في المرهون يجر ضرراً ظاهراً وعن مالك أن الرهن بالاعيان المضمونة جائز وعند أبي حنيفة انه يجوز بكل عين تضمن بالمثل أو القيمة والثاني كونه ثابتا (أما) الذي لم يثبت بعد فلا يجوز الرهن به مثل أن يرهنه مايستقرضه منه أو بثمن مايشتريه منه لانه وثيقة حق فلا تتقدم على الحق كالشهادة وبهذا قال أحمد * وقال أبو حنيفة ومالك انه جائز وحكى القاضي ابن كج وجها عن بعض الاصحاب اذا عين ما يستقرضه (ومنهم) من قال لو تراهنا بالثمن ثم لم يتفرقا حتى تبايعا صح الرهن الحاقا للحاصل في المجلس بالمقترن بالايجاب والقبول وعلى المذهب لو ارتهن قبل ثبوت الحق وقبضه كان مأخوذا على جهة سوم الرهن فاذا استقرض او اشتري لم يصر رهنا الا بعقد جديد نص عليه الشيخ ابو حامد وغيره وفيه وجه أنه يصير رهنا * ولو امتزج الرهن بسبب ثبوت الدين بان قال بعتك هذا العبد بالف وارتهنت هذا الثوب به فقال المشتري اشتريت ورهنت أو قال أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها عبدك فقال استقرضتها ورهنته فوجهان (أصحهما) وهو ظاهر النص صحة الرهن لا شرط الرهن في البيع

الا روايته عن النبي ﷺ انما الربا في النسيئة ولا يكفي ذلك في نسبة هذا القول اليه فانه لايلزم من الرواية القول بمقتضى ظاهرها لجواز ان يكون معناها عنده على خلاف ذلك او يكون عنده معارض راجح وانما ذكرته لأن جماعة من اصحابنا وغيرهم كالماوردي من الشافعية وأبي محمد المقدسي صاحب المغني من الحنابلة نقلوه عنه وعن البراء بن عازب وزيد ابن ارقم وعبدالله الزبير و وافقهم الشيخ ابو حامد الأسفرايني على هذا النقل فيما عدا البراء ووافقهم الخطابي فى أسامة فان كان عندهم مسند غير ذلك فالله اعلم (امااالبراء) وزيد بن ارقم فكذلك لا اعلم النقل عنهما صريحا فى ذلك الا ما روينا عن المنهال بشار بن سلامه « باع شريك لى بالكوفة دراهم بدراهم بينهما فضل فقلت ما أرى هذا يصلح فقال لقد بعتها فى السوق فما عاب على ذلك أحد فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وتجارتنا هكذا فقال ما كان يداً بيد فلا بأس وما كان نسيأ فلا خير فيه ورأيت زيد بن أرقم فانه كان أعظم تجارة منى فأتيته فذكرت ذلك له فقال صدق البراء » إسناده صحيح ولكن له علة (وقيل) انه منسوخ وسأبسط الكلام عليه ان شاء الله تعالى فى ذكر دليل ابن عباس ومن وافقه والجواب عنه (وأما) عبد الله بن لزبير فلم

والقرض جائز لحاجة الوثيقة فكذلك مزجه بهما بل أولى لان الوثيقة ههنا آكد فان الشرط ربما لايفي به (والثانى) أنه فاسد وبه قال ابو اسحق وهو القياس لان أحد شقي الرهن مقدم على ثبوت الدين واحتج له بانه لو قال لعبده كاتبتك على ألف درهم وبعتك هذا الثوب بكذا فقال قبلت الكتابة والبيع لايصح البيع وأجيب عنه بفرقين (احدهما) أن العبد لايصير أهلا للمعاملة مع مولاه حتى تتم الكتابة (والثاني) أن الرهن من مصالح البيع والبيع ليس من مصالح الكتابة *ولو قال البائع ارتهنت وبعت وقال المشتري اشتريت ورهنت لم يصح لتقدم أحد شقى الرهن على شقي البيع وكذا لو قال ارتهنت وبعت وقال المشتري رهنت واشتريت لتقدم شقي الرهن على أحد شقى البيع وبهذا قال فى الكتاب لكن يتقدم الخطابين والجوابين الى آخره معناه أن شرط الصحة تقدم خطاب البيع على خطاب الرهن وتقدم جواب البيع على جواب الرهن وان شئت قلت الشرط أن يقع أحد شقي الرهن بين شقي البيع والآخر بعد شقي البيع *ولو قال بعني عبدك بكذا ورهنت به هذا الثوب فقال البائع بعت وارتهنت فيبني على الخلاف فى مسألة الاستيجاب والايجاب* ولو قال البائع بعتك بكذا على أن ترهنني دارك به فقال المشترى اشتريت ورهنت فوجهان قال بعضهم يتم العقد بما جرى وذكر فى التتمة أنه ظاهر النص وقال القاضى لايتم بل يشترط أن يقول بعده ارتهنت أو قبلت لان الذي وجد منه شرط ايجاب الرهن لا استيجابه كما لو قال افعل كذا لتبيعني لايكون مستوجبا للبيع وهذا أصح عند صاحب التهذيب والاولى أن تقول الصورة المشبه بها لا تناظر هذه لانه لم يصرح فى تلك

أقف على اسناد اليه بذلك وانما الشيخ أبو حامد والماوردي وأبو محمد المقدسي الحنبلي حكوه عنه والله اعلم * فهذامابلغني عن الصحابة رضي الله عنهم ممن نسب اليه القول بذلك * (وأما)التابعون فقال الشافعي رحمه الله في كتاب اختلاف الحديث « كان ابن عباس لايرى في دينار بدينارين ولا في درهم بدرهمين يداً بيد بأساً ويراه في النسيئة » وكذلك عامة أصحابه وكان يروى مثل قول ابن عباس عن سعيد وعروة بن الزبير رأيا منهما إلا انه يحفظ عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشافعي رحمه الله وهذا قول المكيين * هذا كلام الشافعي بحروفه وجاء عن جرير بن حازم قال « سألت عطاء بن أبي رباح عن الصرف فقال يابنى ان وجدت مائة درهم بدرهم نقداً فخذه » وقال ابن عبد البر ان أهل مكة كانوا عليه قديما وحديثا يجرون التفاضل في ذلك اذا كان يداً بيد أخذوا ذلك عن ابن عباس رحمه الله *

(الفصل الثاني) فيما نقل من رجوع من قال بذلك من الصدر الأول (أما) ابن عباس فقد اختلف في رجوعه ذكر من قال انه رجع عنه قد تقدم قول أبي الصهباء الثابت في صحيح مسلم أنه سأله عنه فكرهه وتقدم أيضاً مناظرة أبي سعيد وأبي أسيد له في قوله باباحته * وعن حيان - بالحاء المهملة والياء - ابن عبيد الله - بالتصغير - العدوى قال « سألت أبا مجلز عن الصرف فقال كان ابن عباس لايرى به بأساً زماناً من عمره ما كان منه عيناً يعنى يداً بيد وكان يقول انما الربا في النسيئة فلقيه أبو سعيد الخدرى فقال له يا ابن عباس ألا تتقى الله الى متى تؤكل الناس الربا أما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذات يوم وهو عند زوجته أم سلمة انى لأشتهى تمر عجوة فبعثت صاعين من تمر الى رجل من الأنصار فجاءت بدل صاعين صاعا من تمر عجوة فقامت

الصورة بالالتماس وانما أخبر عن السبب الداعي له الى ذلك الفعل وهو الرغبة في البيع وههنا باع وشرط عليه الرهن وهو مشتمل على الالتماس أو أبلغ منه الاترى أن أبا العباس الروياني حكى في الجرجانيات وجهاً أن شرط الرهن في البيع يغني عن استئناف رهن بعد البيع ويكون الشرط بمنزلة الايجاب والقبول ويجوز اعلام قوله في الكتاب وليتقدم وليتأخر - بالواو - للوجه المنقول عن رواية ابن كج وللوجه القائل بوقوع البيع في مجلس الرهن *

قال (وكل دين لامصير له إلى اللزوم كنجوم الكتابة لايصح الرهن به * وما هو لازم أو مصيره إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار جاز الرهن به * وما أصله على الجواز لكن قد يصير إلى اللزوم كالجعل في الجعالة فيه وجهان * والاصح المنع لان سبب وجوده لم يتم قبل العمل فكأنه غير ثابت) *

الأمر الثالث كونه لازماً والديون الثابتة ضربان (أحدهما) مالا مصير له إلى اللزوم بحال كنجوم

فقدمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رآه أعجبه فتناول تمرة ثم أمسك فقال من أين لكم هذا فقالت أم سلمة بعثت صاعين من تمر الى رجل من الأنصار فأتى بدل صاعين هذا الصاع الواحد وها هو كل فألقى التمر بين يديه وقال ردوه لا حاجة لي فيه التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والذهب بالذهب والفضة بالفضة يداً بيد عيناً بعين مثلا بمثل فمن زاد فهو ربا ثم قال كذلك ما يكال أو يوزن أيضاً فقال ابن عباس جزاك الله يا أبا سعيد الجنة فانك ذكرتني أمراً كنت نسيته أستغفر الله وأتوب اليه فكان ينهى عنه بعد ذلك أشد النهي » رواه الحاكم في المستدرك وقال هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه بهذه السياقة وفي حكمه عليه بالصحة نظر فان حيان بن عبيد الله المذكور قال ابن عدى عامة ما يرويه افرادات يتفرد فيها وذكر ابن عدى في ترجمته حديثه في الصرف هذا بسياقه ثم قال وهذا الحديث من حديث أبي مجلز عن ابن عباس تفرد به حيان قال البيهقي وحيان تكلموا فيه * واعلم أن هذا الحديث ينبغي الاعتناء بأمره وتبين صحته من سقمه لأمر غير ما نحن فيه وهو قوله وكذلك ما يكال ويوزن وقد تكلم فيه بنوعين من الكلام (أحدهما) تضعيف الحديث جملة واليه أشار البيهقي وممن ذهب الى ذلك ابن حزم أعله بشيء أنبه عليه لئلا يغتر به وهو أنه أعله بثلاثة أشياء (أحدها) أنه منقطع من أبي سعيد ولا من ابن عباس (والثاني) لذكره أن ابن عباس رجع واعتقاد ابن حزم أن ذلك باطل لمخالفة سعيد بن جبير (والثالث) أن حيان بن عبيد الله مجهول (فأما) قوله انه منقطع فغير مقبول لأن أبا مجلز أدرك ابن عباس وسمع منه وأدرك أبا سعيد ومتى ثبت ذلك لا تسمع دعوى عدم السماع إلا بثبت (وأما) مخالفة سعيد ابن جبير فسنتكلم عليها في هذا الفصل إن شاء الله تعالى (وأما) قوله إن حيان بن عبيد الله مجهول

الكتابة ولا يصح الرهن به لان الرهن للتوثيق والمكاتب بسبيل من اسقاط النجوم متى شاء فلا معنى لتوثيقها وعند أبي حنيفة يصح الرهن بها (والثاني) غيره ا.ا لازم في حال الرهن أو غيره (والاول) يصح الرهن به سواء كان موصوفا بحالة الجواز أو لم يكن وسواء كان مستقراً كالقرض وأرش الجناية وثمن المبيع المقبوض أو غير مستقر كالثمن قبل قبض المبيع والاجرة قبل استيفاء المنفعة والصداق قبل الدخول (وأما) الثاني فينظر ان كان الاصل في وصفه اللزوم كالثمن في مدة الخيار صح الرهن به أيضاً لقرب حاله من اللزوم وأيضا فان شرط الرهن في البيع جائز مع أن الثمن غير ثابت بعد فههنا أولى قال الامام وهذا يتفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع وأما إذا جعلناه مانعا فالظاهر منع الرهن لوقوعه قبل ثبوت الدين ولا شك في أنه لا يباع المرهون في الثمن مالم تمض مدة الخيار * وان كان الاصل في وصفه الجواز كالجعل في الجعالة فوجهان (أحدهما) يصح الرهن به لانتهاء الامر فيه الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار (وأصحهما) المنع لان الموجب للجعل هو العمل إذ

فان أراد مجهول العين فليس بصحيح بل هو رجل مشهور روى واحد روي عنه حديث الصرف هذا محمد بن عبادة ومن جهته أخرجه الحاكم وذكره ابن حزم وابراهيم بن الحجاج الشامي ومن جهته رواه ابن عدي ويونس بن محمد ومن جهته رواه البيهقي * وهو حيان بن عبيد الله بن حيان بن بشر ابن عدي بصري سمع أبا مجلز لاحق بن حميد والضحاك وعن أبيه وروى عن عطاء وابن بريدة روى عنه موسى بن اسماعيل ومسلم بن ابراهيم وأبو داود وعبيد الله بن موسى عقد له البخاري وابن أبي حاتم ترجمة فذكر كل منهما بعض ما ذكرته وله ترجمة في كتاب ابن عدي أيضاً كما أشرت اليه فزال عنه جهالة العين * وان أراد جهالة الحال فهو قد رواه من طريق اسحق بن راهويه فقال في إسناده أخبرنا روح قال «حدثنا حيان بن عبيد الله وكان رجل صدق» فان كانت هذه الشهادة له بالصدق من روح بن عبادة فروح محدث نشأ في الحديث عارف به مصنف فيه متفق على الاحتجاج به بصري بلدي للمشهود له فتقبل شهادته له وان كان هذا القول من اسحق بن راهويه فناهيك به ومن يثني عليه اسحق * وقد ذكر ابن أبي حاتم حيان بن عبيد الله هذا وذكر جماعة من المشاهير ممن روى عنه وممن روى عنهم وقال انه سأل أباه عنه فقال صدوق * (النوع الثاني) من الكلام يتعلق بخصوص قوله وكذلك ما يكل او يوزن وان سلم صحة اصل الحديث والأولى ان أؤخر ذلك الى محله ان شاء الله تعالى فانه قد طال الكلام في ذلك ههنا *

وعن سليمان بن علي الربعي عن ابي الجوزاء اوس بن عبد الله الربعي قال سمعت يأمر بالصرف يعني ابن عباس وتحدث ذلك عنه ثم بلغني انه رجع عن ذلك فلقيته بمكة فقلت انه بلغني انك رجعت قال نعم انما كان ذلك رأياً مني وهذا ابو سعيد حدث عن رسول الله ﷺ انه نهى عن الصرف

به يتم الموجب فكانه لا ثبوت له قبل العمل وموضع الوجهين ما بعد الشروع في العمل وقبل تمامه (أما) التقييد بما بعد الشروع فلانه لا ثبوت للجعل قبل الشروع بحال وكيف يتخيل ذلك وليس ثم مستحق معين (وأما) التقييد بما قبل التمام فلان الجعل بعده لازم ثم لبان أريني الوجهين على الوجهين في جواز رجوع المالك بعد الشروع في العمل ويقول ان لم نجوز الرجوع فقد لزم الجعل من قبله فيصح الرهن به وان جوزناه لم يصح الرهن به * والرهن بعوض المسابقة ينبني على أنها إجارة أو جعالة (ان قلنا) بالاول فالرهن به كالرهن بالاجرة (وان قلنا) بالثاني فهو كالرهن بالجعل *

(فرع) يجوز الرهن بالمنافع المستحقة بالاجارة ان وردت على الذمة وتباع عند الحاجة وتحصل المنفعة من ثمنه وان كانت اجارة عين لم يجز لفوات الشرط الاول *

(فرع) لا يجوز رهن الفلاح بالزكاة ولا العاقلة بالدية قبل تمام الحول لفوات الشرط الثاني ويجوز بعده واعلم أن التوثيق بالرهن والضمان شديد التقارب فما يجوز الرهن به يجوز ضمانه وبالعكس

رويناه في سنن ابن ماجه ومسند الامام احمد باسناد رجاله على شرطه الصحيحين الى سليمان بن علي وسليمان بن علي روى له مسلم وقال ابن حزم إنه مجهول لايدرى من هو وهو غير مقبول منه لما تبين وعن أبي الجوزاء قال « كنت أخدم ابن عباس رضى الله عنهما تسع سنين إذ جاءه رجل فسأله عن درهم بدرهمين فصاح ابن عباس وقال إن هذا يأمرني أن أطعمه الربا فقال ناس حوله ان كنا لنعمل بفتياك فقال ابن عباس قد كنت افتى بذلك حتى حدثني أبو سعيد وابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه فأنا انهاكم عنه » رواه البيهقي فى السنن الكبير باسناد فيه أبو المبارك وهو مجهول وروينا عن عبد الرحمن بن أبي نعم - بضم النون واسكان العين - أن أبا سعيد الخدرى لقى ابن عباس فشهد على رسول الله ﷺ أنه قال « الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل فمن زاد فقد أربا فقال ابن عباس أتوب الى الله مما كنت أفتى به ثم رجع » رواه الطبراني باسناد صحيح وعبد الرحمن بن أبي نعم تابعى ثقة متفق عليه معروف بالرواية عن أبي سعيد وابن عمر وغيرهما من الصحابة * وعن ابي الجوزاء قال « سألت ابن عباس عن الصرف عن الدرهم بالدرهمين يدا بيد فقال لا ادرى ما كان يدا بيد بأسا ثم قدمت مكة من العام المقبل وقد نهى عنه » رواه الطبراني باسناد حسن وعن أبي الشعثاء قال « سمعت ابن عباس يقول اللهم إني أتوب اليك من الصرف انما هذا من رأى وهذا أبو سعيد الخدرى يرويه عن النبي ﷺ » رواه الطبراني ورجاله ثقات مشهورون مصرحون بالتحديث فيه من أولهم إلى آخرهم * وعن عطية وهو العوفى - باسكان الواو وبالفا - قال « قال أبو سعيد لابن عباس تب الى الله تعالى فقال أستغفر الله وأتوب اليه قال ألم تعلم أن رسول الله ﷺ نهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة وقال إني أخاف عليكم الربا قال فضيل بن مرزوق قلت لعطية ماالربا

الا أن ضمان العهدة جائز ولا يجوز الرهن بها هذا ظاهر المذهب والفرق ظاهر ومنهم من سوى بينهما في العهدة أيضا ووفى بتمام التلازم أما في طرف الاثبات فعن القفال وجه أنه يجوز الرهن بها كالضمان (وأما) في طرف النفى فسيأتي في باب الضمان *

قال (ولا يشترط فى الدين أن لا يكون به رهن بل تجوز الزيادة فى قدر المرهون بدين واحد * وفى الزيادة فى الدين على مرهون واحد قولان * واختيار المزني جوازه (ح)) *

ليس من شرط الدين أن لا يكون به رهن بل يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهنا بعد رهن ثم هو كما لو رهنهما معا ولو كان الشيء مرهونا بعشرة وأقرضه عشرة أخرى على أن يكون مرهونا بها أيضا فقولان (القديم) وبه قال مالك والمزني أنه جائز كما تجوز الزيادة فى الرهن بدين واحد (والجديد) وبه قال أبو حنيفة أنه لا يجوز كما لا يجوز رهنه عند غير المرتهن وان وفى بالدينين جميعا فان أراد توثيقهما فليفسخا وليستأنفا رهنا بالعشرين ويفارق الزيادة فى الرهن بدين واحد لان

قال الزيادة والفضل بينهما» رواه الطبراني بسند صحيح إلى عطية وعطية من رجال السنن قال يحيى ابن معين صالح وضعفه غيره فالاسناد بسببه ليس بالقوى • وعن بكر بن عبد الله المزنى« أن ابن عباس جاء من المدينة إلى مكة وجئت معه فحمد الله تعالى وأثنى عليه ثم قال ياأيها الناس إنه لا بأس بالصرف ما كان منه يداً بيد انما الربا فى النسيئة فطارت كلمته فى أهل المشرق والمغرب حتى إذا انقضى الموسم دخل عليه أبو سعيد الخدرى وقال له يا ابن عباس أكلت الربا وأطعمته قال أو فعلت قال نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلا بمثل تبره وعينه فمن زاد أو استزاد فقد أربى والفضة بالفضة وزنا بوزن مثلا بمثل تبره وعينه فمن زاد اواستزاد فقد اربى والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل فمن زاد أو استزاد فقد أربى حتى اذا كان العام المقبل جاء ابن عباس وجئت معه فحمد الله وأثني عليه ثم قال ياأيها الناس انى تكلمت عام أول بكلمة من رأيي وانى أستغفر الله تعالى منه وأتوب اليه إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلا بمثل تبره وعينه فمن زاد أو استزاد فقد أربى وأعاد عليهم هذه الأنواع الستة » رواه الطبراني بسند فيه مجهول وانما ذكرناه متابعة لما تقدم وهكذا وقع فى روايتنا فمن زاد واستزاد بالواو لا بأو والله أعلم • وروي أبو جابر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي في كتاب المعانى والآثار باسناد حسن الى أبي سعيد قال «قلت لابن عباس أرأيت الذى يقول الدينار بالدينار وذكر الحديث ثم قال قال أبو سعيد ونزع عنها ابن عباس» وروى الطحاوي أيضاً عن نصر بن مرزوق باسناد لا بأس به عن أبي الضهباء أن ابن عباس نزل عن الصرف وهذه أصرح من رواية مسلم ومسه(١) لهما • وروى الطحاوى عن أبي أمية باسناد حسن الي عبد الله بن حسين أن رجلا من أهل العراق قال لعبد الله بن عمر إن

(١) كذا بالاصل فحرر

الدين شغل الرهن ولا ينعكس فالزيادة في الرهن شغل فارغ والزيادة فى الدين شغل مشغول * ونقل القاضي ابن كج وغيره أن له فى الجديد قولا آخر كالقديم وسواء كان كذلك أم لا فالاصح المنع * ولو جني العبد المرهون ففداه المرتهن باذن الراهن على أن يكون العبد مرهونا بالفداء والدين الاول نص فى المختصر على جوازه وللاصحاب طريقان (أظهرهما) القطع بالجواز لانه من مصالح الرهن من حيث إنه يتضمن استيفاءه (والثاني) أنه على القولين وقاسوهما على أن المشرف على الزوال إذا استدرك وصين عن الزوال يكون استدراكه كازالته وإعادته أو هو محض استدامة وفيه خلاف (إن قلنا) بالأول فكأنهما فكا الرهن واستأنفا (وإن قلنا) بالثانى نفيه القولان وعلى هذا الاصل خرجوا الخلاف فيما إذا كان على الشجرة ثمرة غير مؤبرة فباعها واستثنى الثمار لنفسه هل يحتاج إلى شرط القطع وقد سبق * ولو اعترف الراهن بان المرهون مرهون بعشرين والدعى أنه رهن أولا بعشرة ثم رهن بعشرة أخري ونازعه المرتهن فان فرعنا على القديم فلا ثمرة لهذا الاختلاف (وان قلنا)

ابن عباس قال وهو علينا أمير من أعطى بالدرم مائة درهم فليأخذها وذكر حديثاً الى أن قال فقيل لابن عباس ما قال ابن عمر قال فاستغفر ربه وقال انما هو رأى منى *وعن أبى هاشم الواسطى واسمه يحيي بن دينار عن زياد قال «كنت مع ابن عباس بالطائف فرجع عن الصرف قبل أن يموت بسبعين يوماً» ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار وذكر أيضاً عن أبى حرة قال «سأل رجل ابن سيرين عن شيء فقال لاعلم لى به فقال الرجل أن يكون فيه برأيك فقال انى أكره أن أقول فيه برأى ثم يبدو الى غيره فأطلبك فلا أجدك ان ابن عباس قد رأى فى الصرف رأياً ثم رجع» وذكر أيضاً عن ابن سيرين عن الهذيل- بالذال المعجمة - ابن اخت محمد بن سيرين قال «سألت ابن عباس عن الصرف فرجع عنه فقلت ان الناس يقولون فقال الناس يقولون ماشاؤا» * فهذا مابلغني مما يدل على رجوعه عن ذلك واذا تأملت الروايات المذكورة وجدت أصحها اسنادا قول أبى الصهباء الذى رواه مسلم انه سأل ابن عباس عنه فكرهه لكن لفظ الكراهة ليس بصريح فجاز أن يكون كرهه لما وقع فيه من المناظرة الكبيرة شبهة تقتضى التوقف عنه أو التورع فان ثبت عدم رجوع ابن عباس تعين حمل هذا اللفظ على ذلك والا فهو ظاهر فى الرجوع وقد روي عن طاوس عن ابن عباس ما يدل على التوقف الا أنى قدمت من رواية الطحاوي عن أبى الصهباء ماينفي هذا الاحتمال و يبين أنه نزل عن الصرف صريحاً واسناده جيد كما تقدم والحديث الذي أخرجه الحاكم فى المستدرك صريح لكن سنده تقدم الكلام عليه ولايقصر عن رتبة الحسن و يكفى فى الاستدلال على ذلك انه لم يعارضه ماهو أقوى منه وحديث ابن ماجه الذي قدمته و بينت انه على شرط مسلم صريح في الرجوع أيضاً وكذلك رواية ابن أبى نعم المتقدمة عن الطبراني باسناد صحيح فهذه عدة روايات صحيحة

بالجديد فالقول قول المرتهن مع يمينه لان اعتراف الراهن يقوى جانبه ظاهرا * ولو قال المرتهن في جوابه فسخنا الرهن الاول واستأنفنا بالعشرين رهناً فالقول قول المرتهن لاعتضاد جانبه بأقرار صاحبه أو قول الراهن لان الاصل عدم الفسخ فيه وجهان ميل الصيدلانى إلى أولهما (والاصح) عند صاحب التهذيب الثانى ورتب عليه فقال لو شهد شاهدان أنه رهن بألف ثم بالفين فلا يحكم انه رهن بالفين مالم يصرح الشهود بان الثاني كان بعد فسخ الاول * ولو رهنه بعشرة ثم استقرض عشرة أخرى ليكون رهنا بها واشهد شاهدين أنه مرهون بالعشرين فان لم يعلم الشاهدان كيفية الحال شهدا بما سمعا وحكم الحاكم بأنه مرهون بالعشرين نعم لو قال عند الاشهاد كان مرهونا بعشرة فجعلته رهنا بعشرين ونقل الشاهدان ماسمعاه فهل يحكم بكونه رهنا بالعشرين إذا كان الحاكم ممن يذهب الى القول الجديد حكى الامام عن صاحب التقريب فيه وجهين * وان عرفا كيفية الحال نظر ان كانا يعتقدان جواز الالحاق فهل لهما أن يشهدا بانه مرهون بالعشرين أو يشهدان بما عليه الامر فى الباطن فيه وجهان وان

وحسنة من جهة خلق من أصحاب ابن عباس تدل على رجوعه وقد روى فى رجوعه أيضاً غير ذلك وفيما ذكرته غنية ان شاء الله تعالى *(ذكر من قال انه لم يرجع عنه) روى ابن حزم عن الامام أحمد قال حدثنا هاشم قال أخبرنا أبو بشر عن سعيد بن جبير عن ابن عباس انه قال « ما كان الربا قط فى ها وهات وحلف سعيد بن جبير بالله مارجع عنه حتى مات » وهذا اسناد متفق على صحته لكنها شهادة على نفي * وأصرح ما ذكره ابن عبد البر عن ابن عيينة عن فرات القزاز « قال دخلنا على سعيد بن جبير نعوده فقال له عبد الملك بن مبشرة الدراد كان ابن عباس نزل عن الصرف فقال سعيد عهدى به قبل أن يموت بسنة وثلاثين يوماً وهو يقوله وما رجع عنه » ذكره هكذا بغير اسناد الى ابن عيينة قال ابن عبد البر رجع ابن عباس اولم يرجع فى السنة كفاية عن قول كل واحد ومن خالفها رد اليها قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه ردوا الجهالات الى السنة (وأما ابن مسعود) فيدل على رجوعه مارواه البيهقى فى كتابيه معرفة السنن والآثار مختصراً والسنن الكبير مطولا باسناد كله ثقات مشهورون عن أبى عبدالله بن مسعود أن رجلا من بنى سمح بن فزارة سأله عن رجل تزوج امرأة فرأي أمها فاعجبته فطلق امرأته أيتزوج أمها قال لا بأس فتزوجها الرجل وكان عبد الله على بيت المال فكان يبيع نفاية بيت المال يعطى الكثير و يأخذ القليل حتى قدم المدينة فسأل أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فقالوا لايحل لهذا الرجل هذه المرأة ولا تصلح الفضة الا وزناً بوزن فلما قدم عبد الله انطلق الى الرجل فلم يجده ووجد قومه فقال ان الذي أفتيت به صاحبكم لايحل فقال انه قد نثرت له بطنها قال وان كان وأتي الصيارفة فقال يامعشر الصيارفه ان الذي كنت أبايعكم لايحل لاتحل الفضة الا وزنا بوزن النفاية ـ بنون مضمومة وفاء و بعد الألف ياء مثناة من تحت ـ مانفيته من الشيء لردائته قاله الجوهرى * وهذه الرواية صريحة فى رجوعه وليست صريحة فى موافقة ابن عباس لجواز أن يكون ذلك فى خصوص النفاية لردائتها وان كان ذلك ليس بصحيح أيضاً لكن رواية أبى معاوية المتقدمة فى الفصل الأول صريحة فى بيع الدرهم بالدرهمين فانتظم منها ومن هذه

كانا يعتقدان امتناع الالحاق لم يشهدا الا بما جري فى الباطن وفيه شيء بعيد وهذا التفصيل فيما إذا كانا يشهدان على نفس الرهن وفيه صور الجمهور (أما) إذا كانا يشهدان على اقرار الراهن فالوجه تجويزه مطلقا *

قال ﴿ الركن الثالث الصيغة ولا يخفى اشتراط الايجاب والقبول فيه * وكل شرط قرن به مما يوافق مقتضى مطلقه * أولا يتعلق به غرض أصلا فلا يقدح * وما يغير موجبه كشرط المنع من بيعه في حقه فهو مفسد * وما لايغير مطلقه ولكن يتعلق به غرض كقوله بشرط أن ينتفع به المرتهن فقولان فى فساد الرهن ﴾ *

قوله أولا ورجوعه ثانياً والحمد لله (وأما ابن عمر) فقد تقدم رجوعه فى الرواية التى دلت على قوله وان ذلك فى صحيح مسلم واشتهر عنه بعد ذلك من طرق كثيرة قوله بالتحريم ومبالغته فى ذلك في روايات صحيحة صريحة ولم يكن قوله الأول قد اشتهر عنه واملا لم يستقر رأيه عليه زمانا بل رجع عنه قريباً والله تعالى أعلم (وأما) أسامة وزيد بن أرقم والبراء بن عازب وعبد الله بن الزبير فقد تقدم التوقف فى صحة ذلك عنهم (وأما) معاوية فقد تقدم أنه غير قائل بقول ابن عباس مع شذوذ ما قال به أيضاً والظن به لما كتب اليه عمر رضى الله عنه انه يرجع عن ذلك (وأما) التابعون فلم ينقل فى رجوعهم شىء فيما علمت والله تعالى أعلم غير أنى أقول ان الظن بكل من سمع من الصحابة ومنهم هذه الأحاديث الصريحة الصحيحة فى تحريم ربا الفضل أن يرجع اليها والله تعالى أعلم *

﴿ الفصل الثالث ﴾ فى بيان انقراض الخلاف فى ذلك ودعوى الاجماع فيه * قال ابن المنذر أجمع عوام الأمصار مالك بن أنس ومن تبعه من أهل المدينة وسفيان الثوري ومن وافقه من أهل العراق والأوزاعى ومن قال بقوله من أهل الشام والليث بن سعد ومن وافقه من أهل مصر والشافعى وأصحابه وأحمد واسحق وأبو ثور والنعمان ويعقوب ومحمد بن على انه لا يجوز بيع ذهب بذهب ولا فضة بفضة ولا بر ببر ولا شعير بشعير ولا تمر بتمر ولا ملح بملح متفاضلا يداً بيد ولا نسيئة وان من فعل ذلك فقد أربى والبيع مفسوخ قال وقد روينا هذا القول عن جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ وجماعة يكثر عددهم من التابعين «قلت» وممن قال بذلك من الصحابة أربعة عشر منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى وسعد وطلحة والزبير روى مجاهد عنهم الأربعة عشر أنهم قالوا الذهب بالذهب والفضة بالفضة وأربو الفضل وروى ذلك ابن أبى شيبة فى مصنفه عن ابن فضيل عن ليث وهو ابن أبى سليم عن مجاهد وهؤلاء السبعة من العشرة المشهود لهم بالجنة وممن صح ذلك عنه أيضاً غير هؤلاء السبعة عبد الله بن عمر وأبو الدرداء وروى عن فضالة بن عبيد وقد تقدم كلام أبي سعيد وأبى أسيد وعبادة وقد رويت أحاديث تحريم ربا الفضل من جهة غيرهم من الصحابة والظاهر انهم قائلون بها لعدم قبولها للتأويل والله أعلم * وقال الترمذى بعد ذكره حديث أبي سعيد والعمل به على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم إلا ما روى عن ابن عباس وكذلك روى عن بعض

الايجاب والقبول معتبران فى الرهن اعتبارهما فى البيع والخلاف المذكور ثم فى المعاطاة والاستيجاب والايجاب عائد برمته ههنا ثم اعلم أن الرهن ينقسم الى ما شرط فى عقد كما لو باع أو أجر بشرط الرهن بالثمن أوالاجرة أو أسلم بشرط الرهن بالمسلم فيه أو نكح بشرط الرهن بالصداق والى ما لا يشترط ويسمى رهن التبرع والرهن المبتدأ فى القسم الاول اذا قال بعتك دارى بكذا على ان ترهننى به عبدك فقال اشتريت ورهنت فقد قدمنا خلافا فى أنه يستقر الرهن أم لا بد وان يقول

أصحابه

أصحابه شيء من هذا وقد روى عن ابن عباس انه رجع عن قوله والقول الأول أصح والعمل على هذا عند أهل العلم وهو قول سفيان الثورى وابن المبارك وروى عن المبارك انه قال ليس فى الصرف اختلاف هذا مختصر كلام الترمذي وقال ابن عبد البر لا أعلم خلافاً بين أئمة الأمصار بالحجاز والعراق وسائر الآفاق فى أن الدينار لا يجوز بيعه بالدينارين ولا بأكثر منه وزناً ولا الدرهم بالدرهمين ولا بشيء من الزيادة عليه إلا ما كان عليه أهل مكة قديماً وحديثاً من إجازتهم التفاضل على ذلك إذا كان يداً بيد أخذوا ذلك عن ابن عباس رحمه الله * قال ابن عبد البر ولم يتابع ابن عباس على قوله فى تأويله حديث أسامة أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من بعدهم من فقهاء المسلمين إلا طائفة من المكيين أخذوا ذلك عنه وعن أصحابه وهم محجوجون بالسنة الثابتة التى هى الحجة على من خالفها وجهلها وليس أحد بحجة عليها * ونقل النووى فى شرح مسلم اجماع المسلمين على ترك العمل بظاهر حديث أسامة قال وهذا يدل على نسخه وقد استدل ابن عبد البر على صحة تأويله بحديث أسامة باجماع الناس ما عدا ابن عباس عليه والله تعالى أعلم *

﴿ الفصل الرابع ﴾ فى بيان الحق فى ذلك وأن هذه المسألة من المسائل الاجماعية أولا * اعلم أن دعوى الاجماع فى ذلك منحصرة فى ثلاثة أوجه إما أن يدعى إجماع العصر الأول من غير سبق خلاف إستناداً الى أن ندرة المخالف لا تضر واما أن يسلم سبق الخلاف المعتد به ويدعى رجوع المخالف وصيرورة المسألة اجماعية قبل انقراض ذلك العصر واما أن يقال انعقد اجماع متأخر بعد انقراض الماضين المختلفين (أما) الأول فقد اقتضى كلام بعضهم دعواه وزعموا أن الصحابة أنكرت على ابن عباس فى ذلك لمخالفته الجماعة وقد اختلف علماء الأصول فى انعقاد الاجماع مع ندرة المخالف فالجماهير من جميع الطوائف على أنه لا ينعقد الاجماع مع مخالفة الواحد لأن المجمعين حينئذ ليسوا كل الامة والعصمة فى الاجماع انما تثبت لكل الأمة لا لبعضهم ولأن أبا بكر رضى الله عنه خالف الصحابة وحده في قتال مانعى الزكاة وكان الحق معه ورجعوا اليه وخالف ابن مسعود وابن عباس فى عدة من مسائل الفرائض جميع الصحابة واعتد بخلافهم الى اليوم

بعده ارتهنت فعلى الاول يقوم الشرط مقام القبول كما يقوم الاستيجاب مقامه ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب اشتراط الايجاب والقبول - بالواو - للخلاف المذكور في المعاطاة ولما حكيناه عن الجرجانيات أن الشارط يغنى عن الايجاب والقبول * ثم يتعلق بالصيغة مسائل يشتمل الفصل على واحدة منها وهى أن الشروط فى الرهن على ضربين (أحدهما) ما هو من قضايا الرهن فلا يضر التعرض له لا فى رهن التبرع ولا فى الرهن المشروط في العقد وانما هو تصريح بمقتضى الرهن وذلك كقوله على أن يباع في دينك

وهـذا ظاهر على طريقة من يرى إسناد الاجماع الى النصوص وهى طريقة الشافعى وكثير من أصحابه منهم المصنف وأبى حامد الغزالي ومن تبعه وان كان بين طريقة الشافعى وطريقة الغزالى خلاف يسير فان الشافعى يرى التمسك بالكتاب بآيات من جملتها قوله تعالى (ومن يشاقق الرسول من بعد ماتبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين) الآية ويقال انه قرأ القرآن ثلاث مرات حتي وجد هذه الآية وانه أول من احتج بها فذكرها للرشيد حين طلب منه حجة من القرآن على الاجماع والغزالى رحمه الله يقول التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم « لاتجتمع أمتي على خطأ » ونظائره لكونه من حيث اللفظ أدل على المقصود وكذلك القاضى أبو بكر بن الباقلانى والكلام فى ذلك مستوفى فى أصول الفقه فعلى طريقة هؤلاء متى خالف واحد لم يصدق على الباقين أنهم كل الأمة حقيقة فلا تتناولهم النصوص الشاهدة بالعصمة (واما) على طريقة من يرى اسناد الاجماع الي جهة قضاء العادة باستحالة اجماع الخلق العظيم على الحكم الواحد الا لدلالة أو أمارة وهو الذى عول عليه امام الحرمين وابن الحاجب فيصعب على هذا المسلك تقرير ان مخالفة الواحد للجم الغفير والخلق العظيم يقدح فى اجماعهم فأنهم بالنظر اليهم دونه تقضى العادة باستحالة اجماعهم على ما لا دليل عليه ولا أمارة فأى فائدة لوفاقه أو خلافه وكذلك إذا فرضنا أن مجموع علماء الأمة لايبلغون مبلغاً تقضى العادة باستحالة اجماعهم على ذلك ينبغى على هذا المسلك أن لا يكون قول كلهم حجة ولهذا قال إمام الحرمين ان اجماع المنحطين عن رتبة التواتر ليس بحجة بناء على أن مأخذ الاجماع يستند إلى اطراد العادة ومع ذلك وافق على أن مخالفة الواحد والاثنين يقدح فى الاجماع والطريقة الصحيحة هى التى عول عليها الشافعى وأكثر الأصحاب وهى التمسك بدليل السمع فلذلك خلاف الواحد والاثنين قادح فى صحة الاجماع وقد اشتهر الخلاف فى ذلك عن ابن جرير الطبرى قال انه يكون اجماعاً يجب على ذلك المخالف الرجوع اليـه ووافقه أبو بكر احمد بن على الرادي من الحنفية وأبو الحسين الخياط من المعتزلة وابن جرير بن منداد من المالكية ثم اختلف النقل عن ابن جرير فيما زاد عن الاثنين ففى شرح اللامع للمصنف أبي اسحق انه اذا خالف

وقت الحاجة أو يتقدم به عند تزاحم الغرماء أولا أبيعه الا بأذنك (والثانى) ماليس من قضاياه وهو الذي يتعلق بمصلحة العقد كالاشهاد أو الذي لايتعلق به غرض كقوله بشرط أن لا يأكل الا الهريسة والحكم فيها على ماسبق في البيع وأما غيرهما فهو على نوعين (أحدهما) ماينفع المرتهن ويضر الراهن كما اذا رهن عبداً بشرط أن يرهن منه غيره أو بشرط أن لاينفك الرهن بعد اداء الدين شهراً أو يكون منافع المرهون أو زوائده مملوكة للمرتهن فالشرط فاسد ثم ان كان الرهن

أكثر من ذلك لايكون إجماعاً وكذلك قبل امام الحرمين ان ابن جرير طرد مذهبه في الواحد والاثنين وسلم أن خلاف الثلاثة معتبر وتبعه الغزالي في المتحول ونقل سليم بن أيوب الداري في تقريبه الأصولي ان ابن جرير لايعتد بمخالفة الاثنين والثلاثة وكثير من المصنفين في الأصول كالقاضي عبد الجبار وأبي نصر بن الصباغ في كتاب عدة العالم وغيرهم ترجموا المسألة بمخالفة الواحد والاثنين وسكتوا عن الزائد (وأما) الغزالي في المستصفى فلم يعتد بعدد بل ترجم المسألة باجماع الأكثر مع مخالفة الأقل وتبعه على ذلك جماعة من أصحابنا وغيرهم وتلخيص الخلاف فيه من متفرق كلامهم سبعة مذاهب (احدها) لاينعقد الاجماع وهو قول الأكثرين (والثاني) ينعقد وهو قول ابن جرير والخياط والرازي وأومأ إليه احمد على مانقله ابن قلامة قات ورأيت الشافعي في كتاب جماع العلم من الام حكاه عن من بحث معه وأمعن في الرد عليه وسأذكر شيئاً من كلامه تقريباً إن شاء الله تعالى (والثالث) إن بلغ الأقل عدد التواتر لم يعتد بالاجماع والا اعتد به قال الغزالي رحمه الله وهذا فاسد (والرابع) إن سوغت الجماعة الاجتهاد في مذهب المخالف فخلافه معتد به كخلاف ابن عباس في مسألة العول فانها محل اجتهاد والا فلا كخلاف ابن عباس في مسألة ربا الفضل هذه ومسألة المتعة ولذلك أنكر الناس الاجتهاد فيهما وهذا القول منسوب إلى أبي عبد الله الجرجاني وهو الذي رأيت في كتب الحنفية منسوبا إلى أبي بكر الرازي قال نقل السغناقي في شرح الهداية أن شمس الأئمة السرخسي قال والأصح عند ماأشار اليه أبو بكر الرازي رحمه الله تعالى ان الواحد إذا خالف الجماعة فان سوغوا له ذلك في الاجتهاد لايثبت حكم الاجماع بدون قوله وان لم يسوغوا له الاجتهاد وانكروا عليه قوله فانه يثبت حكم الاجماع (والخامس) أن قول الأكثر حجة لا اجماع واختاره ابن الحاجب رحمه الله قال الغزالي رحمه الله في المستصفى وهو تحكم لادليل عليه وهو ظاهر لأنه إذا لم يكن اجماعا فبم ذا يكون حجة (والسادس) ان اتباع الأكثر أولى وان جاز خلافه وضعفه الغزالي وحكى قولا سابقاً بالفرق بين أصول الدين فلا يضر والفروع فيضر ولو ثبت الخلاف الذي قدمنه عن كلام سليم وغيره عن قائلين أو قائل واحد في وقتين صارت الاقوال

رهن تبرع فقولان (اصحهما) انه فاسد ايضاً لما فيه من تغيير قضية العقد (والثاني) وبه قال ابو حنيفة انه لا يفسد لان الرهن تبرع من الراهن وهذا الشرط فيه تبرع آخر واحد التبرعين لايبطل ببطلان الثاني كما لو اقرضه الصحاح بشرط رد المكسرة يلغو الشرط ويصح القرض * وان كان الرهن مشروطا في بيع نظر ان لم يجز الشرط جهالة الثمن كما اذا شرط في البيع رهنا عن انه يبقى محبوسا عنده بعد اداء الثمن شهرا في إفساد الرهن القولان في رهن التبرع فان فسد نفى فساد البيع

ثمانية ولكن أخشى أن يكون أحدهما غلطاً علي المنقول عنه أو يكون ذكرذلك على سبيل التمسك ويكون مراده الأكثر كما ذكر غيره وبالجملة فيرجح الأكثر على الأقل فيما طريقه الاجتهاد ولا معني له وكم من مسألة ذهب اليها الشافعي أو مالك أو أبو حنيفة ولم يوافقه عليها إلا الأقلون وكم من قليل علي الحق وكثير على غيره (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله) قال الشافعي رحمه الله عمن بحث معه قال لا أنظر الى قليل من المتقين وانظر إلى الأكثر قال الشافعي (قلت) أفتصف القليل الذين لاينظر اليهم أهم ان كانوا أقل من نصف الناس أو ثلثهم أو ربعهم قال لا استطيع أن أحدهم ولكن الأكثر (قلت) العشرة أكثر من تسعة قال هؤلاء متقاربون (قلت) فحدهم بما شئت قال ماأقدر على أن أحدهم (قلنا) فكأنك أردت أن تجعل هذا القول مطلقاً غير محدود فاذا وجد من يقول بقول اختلف فيه (قلت) عليه الأكثر واذا أردت رد قول قلت هؤلاء الأقل أفترضى من غيرك مثل هذا الجواب *وطول الشافعي كثيراً في الكلام معه بما لا يحتمله هذا المكان ولا ضرورة تدعو إلى نقله وتمسكهم بالأمر باتباع السواد الأعظم واشباه ذلك كله لادليل فيه وقد بين ذلك فى أصول الفقه ويلزم هؤلاء أنه اذا اتفق نصف الأمة وانضاف اليهم واحد من النصف الآخر أن يوجبوا على الباقين اتباعهم قال القاضي عبد الجبار وهذا معلوم الفساد (وأما) من اعتبر عدداً معينا كما حكى عن ابن جرير فعلى ما نقل عنه سليم لا أعلم له وجها يعول عليه في أن خلاف الثلاثة لايقدح إن كان يقول إن خلاف الأربعة بخلافه وبالضرورة نسبة الثلاثة من ثلاثة آلاف كنسبة الأربعة من أربعة آلاف وعلى مانقله امام الحرمين وغيره من أن خلاف الثلاثة يقدح وما دونها لايقدح فلا أعلم له وجها إلا ماروى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب بالجابية فقال «قام فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم مقامى فيكم فقال اكرموا أصحابى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يظهر الكذب فيحلف الرجل ولا يستحلف ويشهد ولا يستشهد فمن سره دخول الجنة فليلزم الجماعة فان الشيطان مع الفذ وهو من الاثنين أبعد» رواه الشافعي فى كتاب الرسالة من حديث ابن سليمان بن يسار عن أبيه عن عمر ولم أعرف ابن سليمان هذا وهو حديث مشهور فى السنن

القولان فى أن الرهن وسائر العقود المستقلة اذا شرطت فى البيع على نعت الفساد هل تفسد البيع وقد ذكرناها فى باب البياعات المنهى عنها (فان قلنا) بصحة البيع فللبائع الخيار صح الرهن أو فسد لانه ان صح لا يسلم له الشرط وان لم يصح فلا يسلم له أصل الرهن ولو جاز الشرط جهالة الثمن كما اذا شرط في البيع رهنا وشرط أن يكون منافعه وزوائده للمرتهن فالبيع باطل لان المشروط استحقاقه جزأ من الثمن وهو مجهول واذا بطل البيع بطل الرهن والشرط لا محالة هذا ما نقله الربيع

المسانيد رويناه في سند علي بن حميد من حديث ابن الزبير عن عمر ورواه النسائي باسناد صحيح من حديث جابر بن سمرة عن عمر وقال الترمذي حسن صحيح غريب من هذا الوجه وذكره الدارقطني في العلل وذكر فيه اضطرابا لكنه غير قادح وفي مسند الامام الجليل عبد الله بن سعيد ابن المسيب قال «قال رسول الله ﷺ ان الشيطان يهم بالواحد ويهم بالاثنين فاذا كانوا ثلاثة لم يهم بهم» صحيح الى سعيد وهو من مرسلاته وفي معناه اقوله ﷺ «الواحد شيطان والاثنان شيطانان والثلاثة ركب» رواه أبو داود والنسائي بلفظ الراكب وروى من طريق ابن وهب قال حدثني أبو فهر قال «قال رسول الله ﷺ لسبع الا قلون من العلماء الأكثرون» وهذا مرسل باطل بلا شك ولذلك تمسكوا بأن مخالفة الواحد والاثنين شذوذ والشذوذ منهي عنه وبأنكار الصحابة على ابن عباس في هذه المسألة أعني ربا الفضل وأجاب الأصحاب وغيرهم عن الأول أن المراد به الشاذ أو الخارج عن الامام بمخالفة الأكثر على وجه يثير الفتنة وعن الحديث الثاني بأنه محمول على السفر وفي ذلك ورد فان الحديث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عمرو بن العاص أن رجلا قدم من سفر فقال له رسول الله ﷺ من صحبك قال ما صحبت أحداً قال رسول الله ﷺ «الراكب شيطان والراكبان شيطانان والثلاثة ركب» كذا رواه ابن وهب في مسنده وهكذا لفظ أبي داود والنسائي فان الحديث فيهما بلفظ الراكب لا بلفظ الواحد وعن كون ذلك شذوذاً بأن الشاذ عبارة عن الخارج من الجماعة بعد الدخول فيها وأما الذي لا يدخل أصلا فلا يسمي شاذاً وعن الانكار على ابن عباس بأنهم انما أنكروا ذلك لمخالفته خبر أبي سعيد لا للاجماع والله أعلم (وأما) من فرق بين عدد التواتر وغيره فهو يناسب طريقة من جعل مأخذ الاجماع حكم العادة باستحالة الخطأ على الجمع العظيم وهو بعيد (وأما) من فرق بين ان تسوغ الجماعة الاجتهاد في ذلك الحكم اولا فضعيف لأن قول الجماعة غير المخالف إن لم يكن حجة فلا اثر لتسويغهم وعدمه وان كان حجة فهو محل النزاع فايس انكارهم عليه بأولي من انكاره عليهم نعم ههنا امر يجب التنبه له وهو ان الخلاف المعتد به هو الخلاف في مظان الاجتهاد كالمسائل التي لا نص فيها او فيها نص غير صريح و بالجملة مايكون الخلاف فيه له وجه محتمل (واما) هذه المسألة فان النصوص التي فيها صريحة غير قابلة للتأويل بوجه قريب

واتفق عليه الجماهير * ووراءه كلامان (أحدهما) نقل المزني في المسألة أن للبائع الخيار في فسخ البيع واثباته وحسبت انه ذهب الى تصحيح العقد اذا حذف منه الشرط الفاسد واعترض عليه بأنه خلاف أصله في أن الفاسد لاخيار فيه والاصحاب خطؤه في نقله وحسبانه (والثاني) أن القاضي ابن كج حكى طريقة أخرى في أن في فساد الرهن قولين وان فسد ففي فساد البيع قولان كما سبق وكلام ثالث

ولا بعيد ولا لناسخ لما سيأتي ان شاء الله تعالى وهي مع ذلك كالمتواترة عن النبي صلى الله عليه وسلم أعني ما يدل على النهى عن ربا الفضل ولا تستبعدن دعوى التواتر فيها فمن تتبع الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم حصل له العلم بذلك اوكاد * قال الطحاوى بعد ان ذكر مارواه من الأحاديث فثبت بهذه الآثار المتواترة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم النهى عن بيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب متفاضلا وسأعقد فصلا جامعاً أشير فيه الى اطراف الروايات فى ذلك واذا كان فى المسألة نصوص قطعية المتن قطعية الدلالة لم يكن مظان للاجتهاد بل الحق فيها واحد قطعاً غاية الأمر ان المجتهد المخالف لم يطلع عليها والتواتر قد يحصل فى حق شخص ولا يحصل فى حق آخر فاذا خالف مجتهد لعدم اطلاعه على مثل هذه النصوص يكون معذوراً فى مخالفته إلى حيث يطلع على النص ولا يحل العمل بقوله ذلك ولا يقلده فيه وينقض الحكم به * ولو لم تتصل الى حد التواتر مع صراحة دلالتها كان الحكم كذلك والله اعلم * (فان قلت) ليس القول بذلك خاليا عن وجه وغاية الأمر ان الأحاديث المقتضية لتحريم ربا الفضل صحيحة صريحة لكن الأحاديث المقتضية لجوازه ايضاً كذلك كما سيأتى وقد مضى شيء منه والترجيح معنا فان القرآن وقوله تعالى (وذروا مابقي من الربا) يبين ان الذى نهى عنه ما كان ديناً وكذلك كانت العرب تعقد فى لغتها وقد دل النبي صلى الله عليه وسلم على ان النقد ليس للربا المتعارف عند اهل اللسان بقوله « ولا تبيعوا الذهب بالذهب » الحديث فسماه بيعا وقد قال تعالى (ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا) فذم من قال انما البيع مثل الربا ففى تسمية النبي صلى الله عليه وسلم لزيادة فى الأصناف بيعا دليل على ان الربا فى النساء لا فى غيره (قلت) أما التعارض فسنبين ان شاء الله تعالى الجواب عنه ووجه الجمع بينهما بأوضح شيء يكون وكون الآية الكريمة وردت فى تحريم نوع من الربا ان سلم اقتصارها عليه لايدل على نفى غيره والتعلق بكون ذلك يسمى بيعاً لاربا تعلق بالألفاظ مع تصريح الأحاديث بالنهى والتحريم واثبات الربا فيه ومثل هذه التعلقات الضعيفة يجل ابن عباس ومن وافقه من الأئمة المجتهدين عن التعلق بها ولو لم أرها مذكورة ولكن أبا الحسن ابن المغلس ذكرها عن القائلين بذلك والله سبحانه وتعالى أعلم *

حسن استدركه أصحابنا العراقيون وهو أن الحكم بالبطلان فيما إذا أطلق وقال بعتك هذا العبد بألف لترهن به دارك وتكون منفعتها لى فأما إذا قيد وقال تكون منفعتها لى سنة أو شهرا فهذا جمع بين البيع والاجارة فى صفقة واحدة وقد سبق حكمه (النوع الثانى) ماينفع الراهن ويضر المرتهن كما لو قال رهنتك بشرط أن لا تبيعه عند المحل أو لا تبيعه بعد المحل إلا اذا مضى شهر أو الا بما أرضى أو بأكثر

(القسم الثانى) أن يدعى اجماع العصر الأول بعد اختلافهم لما روى من رجوع من قال بذلك منهم وممن تعرض لذلك من أصحاب القاضى أبو الطيب فى تعليقه والعبدرى فى الكفاية قالا روى عن ابن عباس أنه رجع عن ذلك فتكون المسألة إجماعا وابن عبد البر فى التمهيد قال لم أعده خلافاً لما روى عنه من رجوعه وقد قدمت أن من الصحابة من صح النقل عنه بذلك فرجع عنه يقيناً كابن عمر وابن مسعود ومنهم من اختلف عنه فى رجوعه كابن عباس و بقيتهم كأسامة وزيد بن أرقم والبراء وابن الزبير لم أثبت النقل عنه بذلك ولم يرد عنهم رجوع فان كانوا قائلين بذلك ولم يرجعوا فقد تعذر دعوى هذا الوجه إلا وثبت رجوع ابن عباس ولم يبق فيهم مخالف فقد اختلف الأصوليون فى هذه المسألة إذا اختلف علماء العصر ثم اتفقوا ورجع المتمسكون بأحد القولين إلى الآخر وصاروا مطبقين عليه هل يكون ذلك إجماعاً أولا وتلخيص القول فى ذلك أنه إما أن يكون الخلاف قد استقر أولا إن لم يكن قد استقر كاختلافهم في قتال مانعى الزكاة ثم اجماعهم كلهم على رأى أبى بكر رضي الله عنه فهذا يجوز قولا واحداً ويكون إجماعاً وهذا القسم لاخلاف فيه وان كان الخلاف قد استقر و برد ففيه خلاف مرتب على أنه هل يشترط انقراض العصر الأول أولا ان قلنا انقراض العصر شرط وهو ظاهر كلام أحمد بن حنبل وقول ابن فورك وأحد الوجهين لأصحابنا ونسبه عبد الجبار الى أصحاب الشافعى وغيرهم و رجحه سليم في التقريب الأصولى وأطنب فى الانتصار له وذهب اليه من المالكية أبو تمام البصرى فعلى هذا يجوز اتفاقهم بعد اختلافهم ويكون كونه إجماعاً موقوفا أيضا على انقراضهم (وإن قلنا) ان انقراض العصر الاول ليس بشرط وهو قول أكثر أصحابنا على مانقله ابن الصباغ وغيره وأصحاب أبى حنيفة وأصحاب مالك والأشاعرة ومن جملتهم القاضى أبو بكر بن الطيب والمعتزلة وأومأ اليه أحمد بن حنبل واختاره أبو الخطاب من أصحابه وهو الصحيح في شرح اللمع للمصنف رحمه الله وهو الذي اختاره الغزالى وأبو عبد الله ابن الخطيب وأتباعه وأبى عمر وابن الحاجب قال البندنيجى فى مقدمة كتابه الذخيرة وقد غلط بعض أصحابنا فقال يعتبر انقراض العصر وليس بشىء ومن هؤلاء من يطلق أو يعمم الحكم فى الاجماع القولى والسكوتى وهو الذى يقتضي كلام المصنف فى التبصرة ترجيحه * ومنهم من يفصل

من ثمن المثل فهو فاسد مفسد للرهن وفى كتاب القاضى ابن كج ان ابن خيران قال يجىء فى افساد الرهن القولان المذكوران فى النوع الأول وهو غريب والفرق على المذهب أن ماينفع المرتهن يزيد فى الوثيقة ويؤكد ما وضع العقد له وما يضره يخل به فان كان الرهن مشروطا فى بيع عاد فى فساده بفساد الرهن المشروط فان لم يفسده فللبائع الخيار *

ويخص ذلك بالقولي وأما السكوتي فيعتبر فيه انقراض العصر وهو الذى قاله البندنيجى واختيار الأستاذ أبي اسحق ومقتضى كلام المصنف فى اللمع وفصل إمام الحرمين بين أن يكون الاجماع مقطوعاً به فلايعتبر انقراض أو يتفقوا على حكم ويسندوه إلى ظن فلا ينبرم مالم يطل الزمان * إذا عرف ذلك فان لم يعتبر انقراض العصر فهل يجوز الاجماع بعد الاختلاف قيل انه ممتنع لأنه ينافى ما أجمعوا عليه أولا من تجويز الأخذ بكل واحد من القولين نسب هذا القول إلى الصيرفى وأحمد بن حنبل وأبى الحسن الأشعرى ومال اليه الغزالى وداود و إمام الحرمين على امتناعه لكن لمدرك آخر وهو أن ذلك مستحيل اعادة والغزالى ومن وافقه يقولون انه يستحيل سمعا وقيل يجوز واذا وقع لايكون حجة وهو بعيد وقيل يجوز ويكون حجة تحرم مخالفته وهو المختار فتلخص من هذا أن الاتفاق بعد الاختلاف فى العصر الواحد حجة واجماع على المختار وهو الذى أطلقه طوائف من الأصوليين والفقهاء والمنقول عن القاضى أبي بكر أنه لايكون إجماعاً والأول هو الحق الذى لايتجه غيره والقول بأنهم بالاختلاف أجمعوا على تجويز الأخذ بكل واحد من القولين ممنوع وهو قول باطل لم يقم عليه دليل والله أعلم * واعلم أن دعوى هذين الاجماعين بعيدة لما قدمته من جهة النقل وايضاً فلو سلم أن ابن عباس وجميع الصحابة صح رجوعهم فقد لحق زمان ابن عباس جماعة من أصحابه ممن وافقه على ذلك ولم ينقل عنه رجوع والصحيح المختار أن قول التابعى الذى نشأ فى عصر الصحابة وصار من أهل الاجتهاد قبل اجماعهم لاينعقد اجماعهم بدونه وهذا قول أكثر أصحابنا وهو المنسوب إلى الحنفية وأكثر الحنابلة وأكثر المتكلمين وقال بعض أصحابنا المتكلمين والقاضى من الحنابلة لا يعتد به وأومأ أحمد إلا القولين والحق أنه يعتد به (والثانى) قول ضعيف جداً فان كثيراً من فقهاء التابعين ماتوا فى عصر الصحابة منهم علقمة ومسروق وشريح وسلمان بن ربيعة والاسود وسعيد بن المسيب رضى الله عنهم وسعيد بن جبير وابراهيم النخعى وخلائق لايحصون وهؤلاء الذين سميت من علية الفقهاء وأئمة المجتهدين وعصر الصحابة وعصر التابعين متداخلان فان عصر التابعين ابتداؤه من قبل الهجرة وكل من سمع بالنبى صلى الله عليه وسلم ولم يره بالمدينة الذين أسلموا على يدي أهل العقبة الأولى واليمن والبحرين وعمان والطائف والحبشة وغيرها يعد من التابعين فمن المستحيل أن يقال ان هؤلاء كلهم لايعتد بقول أحد ممن تفقه منهم ووصل إلى رتبة الاجتهاد

قال (واذا قال رهنتك الاشجار بشرط أن تحدث الثمار مرهونة ففى صحة الشرط قولان * ولو شرط عليه رهن فى بيع فاسد فظن لزوم الوفاء به فرهن فله (و) والرجوع عنه * كما لو ظن أن عليه دينا فأداه ثم تبين خلافه) *

إلى

إلى انقراض الصحابة فى سنة مائة من الهجرة والاعصار كلها متداخلة بعضها فى بعض لا يوجد بين[1] منها دفعة واحدة فعدم اعتبار قول التابعي قول ضعيف لامعني له والتابعون قد ثبت عنهم الاختلاف فى هذه المسألة أعنى ربا الفضل كما تقدم فالظاهر أن الخلاف فى هذه المسألة إلى عصر التابعين لم ينقرض وهذا الذى يفهم من كلام الشافعى حيث حكي الخلاف عن الصحابة والتابعين وعول على الترجيح دون التمسك باجماع وقد تضمن كلام الشافعى فى جماع العلم من الام أن ابن المسيب روي عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه فى الصرف شيئاً واخذ بقوله فيه مخالفون من الامة فلا أدرى أيشير الشافعي الى تحريم ربا الفضل أم لا فان كان فهو مولد لثبوت الخلاف وقال الترمذى بعد أن ذكر مذهب ابن عباس ولذلك روى عن بعض أصحابه شيء من هذا وقد ادعى الشيخ أبو حامد الأسفرايني رحمه الله تعالى ان تحريم ربا الفضل قول التابعين اجمعين وقد عرفت مافيه والله تعالى أعلم * (القسم الثالث) أن يدعى اجماع متأخر بعد انقراض المختلفين وذلك لايمكن فى أوائل عصر التابعين لما عرفت من قولهم به ومن جملة القائلين به عطاء بن رباح وقد توفى سنة خمس عشرة ومائة أو بعدها فان ادعى اجماع بعد ذلك اما من بقية التابعين واما ممن بعدهم فلا استحضر خلافا يرده ولكن الاصوليين والاصحاب مختلفون في حكم ذلك فاصح الوجهين وهو الذى ذهب اليه أبو بكر الصيرفى وابن أبي هريرة وأبو على الطبرى وأبو حامد المروذى انه إذا اتفق التابعون على أحد قولي الصحابة لاتصير المسألة اجماعية ولا يحرم القول بالقول الآخر وهو مذهب أبي الحسن الاشعرى وقال المصنف وأبو اسحق انه قول عامة أصحابنا وقال سليم انه قول أكثر أصحابنا وأكثر الاشعرية وقال امام الحرمين ان ميل الشافعى اليه واختاره الغزالى وقال ابن برهان ذهب الشافعى رضى الله عنه الى أن حكم الخلاف لايرتفع وقال عبد الوهاب المالكى ليس عن مالك فيه شيء والجيد من مذهبه الذى كان يختاره شيخنا أبو بكر ان الخلاف باق وذهب اليه من الحنابلة القاضى وهو المرجح عندهم (والوجه الثانى) وبه قال أبو على بن خيران وأبو بكر القفال والقاضى أبو الطيب ورجحه ابن الصباغ وأكثر أصحاب أبي حنيفة وكثير من المعتزلة كالجبائى وابنه واليه ذهب المحاسبي من المتقدمين وأبو عبد الله بن الخطيب من المتأخرين وأبو الخطاب الحنبلى أنه يصير اجماعا لاتجوز مخالفته وهذا الخلاف مترتب على أن الميت هل له قول (فان قلنا) ان له قولا لم يكن اجماعاً والا

(١) كذا بالاصل فحرر

فى الفصل مسألتان (الاولى) زوائد المرهون غير مرهونة عند اطلاق الرهن كما سيأتي لكن لو رهن الشجرة بشرط أن تحدث الثمرة مرهونة أو الشاة بشرط أن يحدث النتاج مرهونا فقولان (قال فى القديم) والرهن اللاطيف يصح الشرط ويتعدى الرهن الى الزوائد لان الرهن عند الاطلاق

كان اجماعاً والحنفية مع قولهم بانه اجماع يقولون انه من أدنى مراتب الاجماع ولذلك قال محمد ابن الحسن فيمن قال لامرأته أنت خلية ونوى ثلاثا ثم جامعها فى العدة وقال علمت أنها حرام لايحل لان عمر رضى الله عنه كان يراها واحدة رجعية وقد أجمعنا بخلافه وشبهة الثلاث صحيحة بلا خلاف بين الامة اليوم لكن الحد يسقط بالشبهة وقد اختلف الناس فى هذا الاجماع أهو حجة اولا فلا يصير موجباً علماً بلا شبهة هكذا قال أبو زيد الدبوسى فى التقويم من كتبهم * وصورة المسألة عند الغزالى بما اذا لم يصرح التابعون بتحريم القول الآخر فان صرحوا بتحريمه فقد تردد اعنى الغزالى هل يمتنع ذلك اولا ولايجب اتباعهم فيه والله اعلم * والفرق بين هذه المسألة وبين ماإذا حصل الاجماع بعد الأختلاف مع بقاء العصر حيث كان الصحيح هناك انه يكون اجماعا ان المجمعين هناك كل الامة وأهل العصر الثانى بعض الامة لا كلهم لأن الامة اسم يعم الحى والميت فعلى ماقلناه من قول أ كثر اصحابنا امتنع دعوى الاجماع فى تحريم ربا الفضل بوجه من الوجوه وهذا مقتضى صنع أبى الحسين المحاملى رحمه الله فانه ذكر مسألة ربا الفضل فى مسائل كتاب الاوسط الذى صنفه فى مسائل الخلاف بين الشافعى وسائر الفقهاء ولو كانت عنده اجماعية لم يذكرها لكنا بحمد الله تعالى مستغنون عن الاجماع فى ذلك بالنصوص الصحيحة الصريحة المتظافرة كما قدمته وأقوله ان شاء الله تعالى وانما يحتاج الى الاجماع فى مسألة خفية مسندها قياس او استنباط دقيق والله أعلم *

﴿ فصل فيما يتعلق به ابن عباس وموافقوه والجواب عنه ﴾ تعلقوا فى ذلك بحديثين (أحدهما) حديث أسامة المتقدم وقد ورد بألفاظ مختلفة معناها سواء أومتقارب (منها) لاربا إلافى النسيئة (ومنها) انما الربا فى النسيئة (ومنها) ان الربا فى النسيئة (ومنها) لا ربا فيما كان يداً بيد وهذه الألفاظ كلها صحيحة (ومنها) ليس الربا إلافى النسيئة والنظرة (ومنها) لاربا إلافى الدين رواهما الطبرانى (ومنها) الربا فى النسيئة واتفق الأئمة علي حديث أسامة وان اختلفوا فى تأويله والحديث (الثاني) حديث البراء بن عازب وزيد بن أرقم وقد رويناه بطرق مختلفة وألفاظ متباينة فألفاظه التي فى الصحيح لا متعلق لهم بها ومنها لفظ في طريق خارج الصحيحين لهم فيه متعلق وهو مارواه عبد الله بن الزبير الحميدى صاحب الشافعى وشيخ البخارى عن سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار انه سمع أبا المنهال يقول « باع

انما لايسري الى الزوائد لضعفه فاذا قوي بالشرط سري (وقال) فى الأم لايصح وهو الاصح لانها معدومة مجهولة فلا يصح الرهن فيها ومنهم من قطع بهذا وأول الاول حكاه القاضي ابن كج رحمه الله *

(التفريع) ان صححناه ففي اكتساب العبد اذا شرط كونه مرهونا وجهان للشيخ أبى محمد والاظهر المنع لانها ليست من أجزاء الاصل (وان أفسدناه) ففى صحة الرهن خلاف له مخرجان (احدهما)

شريك لى بالكوفة دراهم بدراهم بينهما فضل فقلت ما أرى هذا يصلح فقال لقد بعتها في السوق فما عاب ذلك على أحد فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال قدم النبي ﷺ المدينة وتجارتنا هكذا وقال ما كان يداً بيد فلا بأس وما كان نسيئاً فلا خير فيه وأتى زيد بن أرقم فانه كان أعظم تجارة مني فأتيته فذكرت ذلك فقال صدق البراء » قال الحميدى هذا منسوخ لايؤخذ بهذا وهذا الاسناد من أصح الأسانيد فان رواته كلهم أئمة ثقاة وقد صرح سفيان بأنه سمعه من عمرو فانتفت شبهة تدليسه ولكن سنذكر ما عال به فشرط الحكم بصحة الحديث سلامته من التعليل فنذكر الجواب عن كل واحد من الحديثين والله المستعان (أما) حديث أسامة فجوابه من خمسة أوجه يجمعها ثلاثة أنواع تأويل وادعاء نسخ وترجيح * واعلم أنه متى أمكن الأول لايعدل الى الثانى ومتى ثبت موجب الثانى لايعدل إلى الثالث فاعتمد هذا فى كل حديثين مختلفين ونحن نذكر الأوجه التى نقلت في الجواب منها وجهان تضمنهما كلام الشافعى رحمه الله فانه قال فى كتاب اختلاف الحديث بعد أن ذكر خبر أسامة وأخبار عبادة بن الصامت وأبى هريرة وأبى سعيد وعثمان بن عفان الدالة على التحريم ذكرها ثم قال فأخذنا بهذه الأحاديث التى توافق حديث عبادة وكانت حجتنا فى أخذنا بها وتركنا حديث أسامة بن زيد اذ كان ظاهره يخالفها وقول من قال ان النفس على حديث الأكثر أطيب لانهم أشبه أن يحفظوا من الأقل وكان عثمان بن عفان وعبادة بن الصامت أسن وأشد تقدم صحبة من أسامة وكان أبو هريرة وأبو سعيد الخدري أكثر حفظاً عن النبي ﷺ فيما علمنا من أسامة * (فان) قال قائل فهل يخالف حديث أسامة حديثهم (قيل) إن كان يخالفها فالحجة فيها دونه لما وصفنا (فان قيل) فأنى يرى هذا قيل الله أعلم قد يحتمل أن يكون سمع رسول الله ﷺ يسأل عن الربا فى صنفين مختلفين ذهب بفضة وتمر بحنطة قال انما الربا فى النسيئة فحفظه فأدى قول النبي ﷺ ولم يؤد مسألة السائل فكان ما أدى عند من سمع أن لا ربا إلا فى النسيئة هذا جواب الشافعى رضى الله عنه وهو مشتمل على الترجيح والتأويل فهما جوابان يعنى انه ان كان حديث أسامة جوابا لمن سأل عن صنفين فهو موافق لبقية الاحاديث لايخالفها * وان لم يكن كذلك وكان مخالفاً لها فالعمل بالراجح متعين ورواية جماعة أرجح من رواية واحد ولم يجزم الشافعى رحمه الله

القولان فى فساد الرهن لفساد الشرط الذي ينفع المرتهن (وثانيهما) أنه جمع في هذا الرهن بين معلوم ومجهول فيجيء فيه الخلاف الذى فى تفريق الصفقة فان كان الرهن بهذا الشرط مشروطاً فى بيع فان صححنا الشرط أو أفسدناه وصححنا الرهن صح البيع وللبائع الخيار وإلا ففى البيع القولان فى ان إفساد الرهن المشروط فى البيع هل يفسد البيع واذا اختصرت قلت في المسألة أربعة أقوال

بالتأويل المذكور لأجل أن ابن عباس راوى الحديث وهو قائل به وروى الحاوى كلام الشافعى يأبسط مما فى اختلاف الحديث وهو يبين ماشرحت به كلامه وهذا التأويل الذي ذكره الشافعى هو الذي ذكره ابن عبد البر وقال انه معنى الحديث عند العلماء قال والدليل على صحة هذا التأويل بل إجماع الناس ماعدا ابن عباس عليه وما صح عن النبى صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث والأحاديث الدالة على تحريم ربا الفضل (الجواب الثالث) أنه محمول على الجنسين الواحد يجوز التماثل فيه نقدا ولا يجوز نساء ذكره الماوردى (الجواب الرابع) أن يكون محمولا على غير الربويات كبيع الدين بالدين مؤجلا بأن يكون له عنده نقد موصوف فيبيعه بعرض موصوف مؤجلا ذكره النووى فهذه ثلاث تأويلات أوضحها وأشهرها ماقاله الشافعى رحمه الله تعالى انه محمول على الجنس وليس من شرط حمله على ذلك أن يثبت كونه جوابا لسؤال سائل عنه بل قد يكون اللفظ عاما ويحمل على الخصوص بدليل يقتضيه أى دليل كان ولو لم يكن الا الجمع بين الأحاديث * واعلم أن هذه التأويلات الثلاثة متفقة فى الجمع بين الحديثين وقد نبهت فيما تقدم على انه أولى من الترجيح فيما أمكن وكلام ابن الصباغ يقتضي أن هنا مانعا من الجمع بين الحديثين فانه قال فى كتاب عدة العالم فى أصول الفقه انه ان أمكن الجمع بين الحديثين جمع الى أن يقع الاجماع على تعارضهما مثل حديث ابن عباس إنما الربا فى النسيئة وحديث أبى سعيد قال فانه يمكن أن يحمل حديث ابن عباس على الجنسين المختلفين إلا أن الجماعة اتفقوا على تعارض الخبرين فالأكثر تركوا حديث ابن عباس والقليل أجروا حديث ابن عباس على العموم فعلى طريقة ابن الصباغ هذه يتعين المصير إلى الترجيح

صحة الشرط والرهن والبيع وصحة البيع دونهما وصحتهما دون الشرط وبطلان الكل * ولو رهن وشرط كون المنافع مرهونة فالشرط باطل ولا يجري فيها القولان المذكوران فى الزوائد *

(فرع) لو اقرض بشرط أن يرهن به شيئا وتكون منافعه مملوكة للمقرض فالقرض فاسد لانه جر منفعة واذا بطل بطل الرهن وان شرط كون المنافع مرهونة أيضا فالشرط فاسد والقرض صحيح لانه لايجر منفعة وفى صحة الرهن القولان اه (المسألة الثانية) لو قال أقرضتك هذا الالف بشرط أن ترهن به وبالالف الذي لى عليك كذا أو بذلك الالف وحده فالقرض فاسد على مامر فى بابه * ولو قال المستقرض أقرضنى ألفا على أن أرهن به وبالالف القديم الذي لك علي كذا أو بذلك الالف كذا فقد نقل الامام فيه ترددا بناء على أن القول من المستقرض غير معتبر والاصح اعتباره والتسوية بين أن يصدر الشرط من المقرض ويقبله المستقرض وبين عكسه وكذا لو باع بشرط أن يرهن بالثمن والدين القديم أو بذلك الدين رهنا فالبيع باطل كما تقدم * إذا تذكرت ذلك فلو رهن المستقرض أو المشترى كما شرط لم يخل اما أن يعلم فساد ماشرط أو يظن صحته فان علم الفساد فينظر ان رهن بالالف القديم صح وان رهن

أو النسخ والله أعلم • (الجواب الخامس) دعوى النسخ كما أشار اليه الحميدي فى حديث البراء ابن عازب وزيد بن أرقم المتقدم قال الحاوى من ادعى نسخ ذلك ذهب إلى حديث فيه مقال وذكر حديثاً من رواية بحر الشفاء عن عبد العزيز بن أبي بكرة عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم «نهى عن الصرف قبل موته بشهر» قال الحاوى هذا حديث واهى الاسناد وبحر الشفاء لايقوم به الحجة ثم فى حديث عبادة ما يدل على أن التحريم كان يوم خيبر وذكر حديثا من رواية محمد بن اسحق عن يزيد بن عبد الله بن قسيط أنه حدث عن عبادة بن الصامت قال« نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيع أو نبتاع تبر الذهب بالذهب وتبر الفضة بالفضة العين قال وقال لنا ابتاعوا تبر الذهب بالورق وتبر الفضة بالذهب العين» قال الحاوى هذا الحديث بهذا الاسناد وان كان فيه مقال من جهة ابن اسحق غير أن له أصلا من حديث عبادة ثم يسنده حديث فضالة بن عبيد فان كان أسامة سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم قبل خيبر فقد ثبت النسخ والا فالحكم ماصار اليه الشافعى جمعاً بين الأخبار فبحثنا هل نجد حديثاً يؤكد رواية أبى بكرة ويبين تقديم حديث أسامة ان كان ماسمعه على ما سمعه فرأيناه ذكر حديث الحميدي الذى تقدم وكلام الحميدى ولم يزد عليه «قلت» وحديث فضالة ظاهر فى أن التحريم كان يوم خيبر فانه قال« كنا مع رسول الله ﷺ يوم خيبر نبايع اليهود وفيه الذهب بالدينارين والثلاثة فقال رسول الله ﷺ لا تبايعوا الذهب الا وزنا بوزن »وهو مخرج فى صحيح مسلم لكن النووي قال انه يحتمل انهم كانوا يتبايعون الأوقية من ذهب وخرز وغيره بدينارين ظنا منهم جوازه فالاحتياط حتى يبين النبي ﷺ انه حرام حتى تميز• وهاأنا

بهما لم يصح بالالف الذي فسد قرضه لانه لم يملكه وانما هو مضمون فى يده للقرض والاعيان لا يرهن بها وفى صحته بالالف القديم قولا تفريق الصفقة فان صح لم يوزع بل كان الكل مرهونا بالالف القديم لان وضع الرهن على توثيق كل بعض من ابعاض الدين بجميع المرهون ولو تلف الالف الذى فسد القرض فيه فى يده صار دينا فى ذمته وصح الرهن بالالفين حينئذ (وأما) عند ظن الصحة فاذا رهن بالالف القديم فعن القاضى انه لايصح الرهن كما لو أدي الفا على ظن أنه عليه فتبين خلافه له الاسترداد ويتبين بطلان الاداء وعن الشيخ أبي محمد وغيره صحته بخلاف صورة الاستشهاد لان أداء الدين يستدعى سبق ثبوته وصحة الرهن لاتستدعى سبق الشرط *ولو رهن بالالفين وقلنا ان الصفقة تفرق فصحته بالالف القديم على هذا الخلاف وكذا لو باع بشرط بيع آخر فأنشأ البيع الثانى ظانا صحة الشرط وقد ذكرنا هذه الصورة فى موضعها وهذه الصورة والخلاف فيها تشبه بما اذا باع مال أبيه على ظن أنه حى فكان ميتا على رأي يجعل ظنه مانعا صحة الاقدام لانه ربما لم يبع لو عرف حقيقة الحال (وقوله) فى الكتاب ولو شرط عليه رهن فى بيع فاسد أراد به صورة خلاف الشيخ والقاضى

أتكلم على حديث الحميدى ان شاء الله تعالى (أما) حديث الحميدى فادعي فيه أمران (أحدهما) النسخ كما قال رواية الحميدى وناهيك به علماً واطلاعاً لكن الصحيح عند الأصوليين أن قول الراوى هذا منسوخ لايرجع اليه لجواز أن يكون قال ذلك من طريق الاجتهاد بخلاف ما اذا صرح بأنه متأخر فانه يقبل كما اذا مر على ماء قليل فقال عدل قد ولغ فيه كلب يقبل فلو قال هو نجس ولم يبين لم يقبل وممن صرح بذلك سليم والغزالى وابن برهان خلافاً لأصحاب أبي حنيفة فيما نقله ابن برهان مطلقاً وابن الخطيب نقله عن الكرخى فيما اذا لم يبين الناسخ وجعل أبو العباس القرطبي المالكى قوله نسخ كذا بكذا في معني ذكره تقدم التاريخ ومحل الخلاف فيما اذا كان ذلك القول من صحابى كذلك نرض الغزالى وابن برهان وابن الخطيب المسألة *وأطلق القرطبي الفرض في الراوى فان كان ذلك عن أسير سأل في العبارة وإلا فهو بعيد فان ثبت خلاف في غير الصحابى كان قول الحميدى هنا من هذا القبيل والا فلا غير أنه قد عرف من موضع آخر تقدم تاريخ الاباحة من حديث البراء وزيد بن أرقم وتأخر التحريم من حديث أبي بكرة في رواية ابن اسحق كما تقدم قريباً فاذا صح ذلك ظهر مستند الحميدى رضى الله عنه وصح النسخ * والماوردى جزم بالنسخ في حديث البراء وزيد قال لانه مروى عن أول الاسلام قبل تحريم الربا *وههنا دقيقة وهي أن دعوى النسخ إذا سلم يظهر بين الاحاديث بأن تكون أحاديث التحريم ناسخة لاحاديث الاباحة اما أن الآية تكون ناسخة لاحاديث الاباحة ففيه نظر لأمرين (أحدهما) أن الكتاب لاينسخ السنة على أحد قولى

على مابينه في الوسيط لكنه اقتصر ههنا على جواب القاضى والمعني شرط عليه رهن في بيع فاسد بدين قديم (وقوله) فظن لزوم الوفاء به ليس المراد اللزوم الذي يفيد الاجبار فان الرهن المشروط لايجبر عليه بحال ولكن المراد صحة الشرط ولوازمها (وقوله) فله الرجوع يشعر بالصحة وتفويض الامر فيه الى خيرة الراهن وهذا الظاهر غير معمول به بل أحد القائلين يلغيه والثانى يجعل سبيله سبيل سائر الرهون حتى يلزم ولا يتمكن الراهن من الرجوع عنه *

قال ﴿ ولو قال رهنتك الارض ففي اندراج الاشجار تحته * وكذا في اندراج الاس تحت الجدار * وفي اندراج المغرس تحت الشجرة قولان * وكذا في الثمار غير المؤبرة وفي الجنين واللبن في الضرع خلاف * وكذا في الصوف المستجز على ظهر الحيوان * وفي الاغصان الخلاف * ووجه الاخراج من اللفظ ضعف الرهن عن الاستتباع ﴾*

نظر الفصل في جملة من الالفاظ المطلقة في المرهون وتمس الحاجة إلى البحث عما يدخل فيها ويخرج وحاصله صور (أحدها) في اندراج الابنية والاشجار التى في الارض تحت رهن الارض مطلقا الخلاف الذي ذكرناه في البيع (الثانية) في دخول الغرس تحت رهن الشجر خلاف مرتب على

الشافعي وان كان الأصح عند الشافعية وغيرهم الجواز (والثاني) ان الاحاديث المبيحة خاصة بالنقد والآية عامة وعند الشافعي وأكثر العلماء تقدم الخاص على العام ولو تأخر العام لا يكون ناسخاً للخاص واذا ظهر أن النسخ انما هو بين فحينئذ أقول اما أن نقول ان الآية محمولة علي ربا الجاهلية أولا (فان قلنا) بذلك فلا إشكال وصار النظر مقصوراً علي السنة (وان لم نقل به) وحملناها على العقود الربوية إما عامة فيها و إما مجملة فان كان نزولها متأخراً عن جميع الاحاديث المبيحة والمحرمة فيكون مجموع الاحاديث المنسوخة والناسخة أو الناسخة فقط مبينة أو مخصصة للآية وهذا يوافق قول عمر وابن عباس رضى الله عنهما ان آخر آية نزلت آية الربا وان كان نزول الآية متوسطاً بين المبيحة والمحرمة وهو ما يشعر به قول عائشة رضى الله عنها لما نزلت الآيات في آخر سورة البقرة في الربا «خرج رسول الله ﷺ فحرم التجارة في الخمر» متفق عليه وتحريم الخمر في السنة الثالثة والرابعة على أنه يحتمل أن يكون المراد جدد تحريم التجارة في الخمر ولا يكون ذلك أول تحريمها فان كان الأمر كذلك وأن نزول آية الربا بعد الأحاديث المبيحة وقبل المحرمة فالمبيحة مبينة أو مخصصة للآية كما تقدم وحينئذ فنتصدى النظر في أن العام المخصص هل أريد به القدر الباقي بعد الاخراج مع قطع النظر عن المخرج أو أريد به الباقي وخروج غيره والظاهر الأول فتكون الآية مراداً بها تحريم النساء والأحاديث المبينة المتقدمة تقتضي حكمين (أحدهما) تحريم النساء وهو موافق للآية (والثاني) اباحة النقد وهو ثابت بالسنة الخاصة وهو المنسوخ بالسنة مع كون الآية باقية على كون المراد بها النسيئة ولا يستدل بها فيما عداه وتحريم النقد بالسنة زائد عليها وقد يقال إنه يأتي بحث الحنفية في أن الزيادة على النص اذا كان

الخلاف في البيع والرهن أولى بالمنع لضعفه وفي معناه دخول الاس تحت الجدار وتدخل الثمرة المؤبرة تحت رهن الشجرة بحال وفي غير المؤبرة قولان وقال في الوسيط وجهان (أحدهما) تدخل كما في البيع (وأصحهما) أنها لا تدخل لان الثمار الحادثة بعد استقرار العقد لا يثبت فيها حكم الرهن فالموجودة عندا لعقد أولي وبهذا يفارق البيع (ومنهم) من قطع بعدم الدخول ونفي الخلاف * وعن أبي حنيفة تدخل الثمار في الرهن بكل حال بناء على أن رهن الشجرة دون الثمرة لا يصح ويجوز أن يعلم قوله وكذا في الثمار غير المؤبرة - بالواو - للطريقة المذكورة بل يجوز اعلام قوله قولان - بالواو - أيضاً لان منهم من نفى الخلاف في المسائل كلها اما في اندراج الاشجار تحت رهن الارض فقد سبق في المبيع وأما في الاس والمغرس فللطريقة المتولدة من ترتيب الخلاف على الخلاف في البيع وقد صرح بنقلها المتولي ولا يدخل البياض بين الاشجار تحت رهن الاشجار ان كان بحيث يمكن افراده بالانتفاع وان لم ينتفع به الا بتبعية الاشجار فكذلك على أشهر الطريقين * وعن صاحب التقريب والشيخ أبي محمد أنه على الوجهين في المغارس * ويدخل في رهن الاشجار الاغصان والاوراق نعم التي تفصل

لها تعلق به نسخ عندهم والصواب أن ذلك لا يأتي ههنا لان اباحة النقد لم تفهم من الآية وهم انما يقولون ذلك فيما كانت الزيادة تدفع مفهوم اللفظ فهذا مايتعلق بدعوى النسخ فى ذلك (الأمر الثانى) مما ادعى فى حديث البراء وزيد بن أرقم هـذا انه معلول فيمتنع الحكم بصحته وهذه الطريقة التى سلكها الحافظ أبو بكر البيهقى وذلك أن لفظه الذى فى الصحيح عن أبى المنهال قال «سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقم عن الصرف فقالا كنا تاجرين على عهد رسول الله ﷺ فسألنا رسول الله ﷺ عن الصرف فقال ان كان يداً بيد فلا بأس وان كان نساء فلا يصلح» رواه البخاري بهذا اللفظ من حديث ابن جريج عن عمرو بن دينار وعامر بن مصعب ورواه مسلم بلفظ آخر عن أبى المنهال قال «باع شريك لى ورقا نسيئة الى الموسم أو الى الحج فجاء الى فأخبرنى فقلت هذا الأمر لا يصلح قال فقد بعته فى السوق فلم ينكر ذلك على أحد فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال قدم النبى ﷺ المدينة ونحن نبيع هذا البيع فقال ما كان يداً بيد فلا بأس به وما كان نسيئة فهو ربا وأتى زيد بن أرقم فانه أعظم تجارة منى فأتيته فسألته فقال مثل ذلك» وكذلك رواه البخارى عن على بن المدينى ومسلم عن محمد بن حاتم والنسائى عن محمد بن منصور ثلاثتهم عن سفيان وهذان اللفظان اللذان فى الصحيح لا منافاة بينهما ولا اشكال ولا حجة لمتعلق فيهما لأنه يمكن حمل ذلك على أحد أمرين إما أن يكون المراد بيع دراهم بشىء ليس ربويا ويكون الفساد لأجل التأخير بالموسم أو الحج فانه غير محرر ولا سيما على ما كانت العرب تفعل (والثانى) أن يحمل ذلك على اختلاف الجنس ويدل له رواية أخرى

غالبا كأغصان الخلاف وورق الآس والفرصاد فيها القولان المذكوران فى الثمار التى لم تؤبر (الثالثة) فى اندراج الجنين تحت رهن الحيوان الحامل خلاف نعود لشرحه بعد والغرض من ذكرهما التنبيه على تقارب مأخذ الخلاف فيه والخلاف في الثمار غير المؤبرة وأحد الخلافين مرتب على الآخر والجنين أولى بالاندراج لانه لا يقبل التصرف على الانفراد فبالحرى أن يكون تبعا وفى اللبن فى الضرع طريقان عن أبي الحسين القطع بأنه لا يدخل والمشهور انه على الخلاف * ثم هو عند بعضهم فى مرتبة الجنين وعند آخرين فى مرتبة الثمار لتيقن وجوده وسواء أثبت الخلاف أم لا فالظاهر أنه لا يدخل فى الرهن وهو الذي أورده فى التهذيب * وفى الصوف على ظهر الحيوان طريقان (أحدهما) القطع بدخوله الحاقا بالاجزاء والاعضاء نقله فى التتمة (وأظهرهما) انه على قولين (أحدهما) الدخول كالاغصان والاوراق فى الشجر (وأصحهما) المنع كما فى الثمار لان العادة فيه الجز وقال بعضهم بدل القولين وجهين وزاد وجها ثالثا وهو الفرق بين القصير الذى لا يعتاد جزه وبين المنتهى الي حد يجز والمستجز - بكسر الجيم - البالغ أو ان الجز (وقوله) ووجه الاخراج من اللفظ ضعف الرهن عن الاستتباع أي فى كل صورة قال الرهن فيها البيع *

عن

عن أبي المنهال قال «سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقم عن الصرف فكلاهما يقول نهى رسول الله صلي الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق دينا» رواه البخاري ومسلم وهذا لفظ البخاري ومسلم بمعناه وفى لفظ مسلم «عن بيع الورق بالذهب دينا» فهو يبين أن المراد صرف الجنس بجنس آخر وهذه الرواية ثابتة من حديث شعبة عن حبيب بن أبي صالح عن أبى المنهال والروايات الثلاث الأول رواية الحميدي واللتان فى الصحيح وكلها أسانيدها فى غاية الجودة ولكن حصل الاختلاف فى سفيان فخالف الحميدي علي ابن المدينى ومحمد بن حاتم ومحمد بن منصور وكل من الحميدى وعلى بن المديني فى غاية الثبت ويترجح أن ابن المدينى هنا بمتابعة محمد بن حاتم ومحمد بن منصور له و بشهادة ابن جريج لروايته وشهادة رواية حبيب بن أبى ثابت لرواية شيخه ولأجل ذلك قال البيهقى رحمه الله ان رواية من قال انه باع دراهم بدراهم خطأ عنده فهذا جواب حديثي وقد لايجسر الفقيه على الحكم لتخطئة بمجرد ذلك ونقول انه لامنافاة بين روايات عمرو بن دينار فان منها ما أطلق فيه الصرف (ومنها) ما بين أنها دراهم بدراهم فيحمل المطلق علي المقيد جمعاً بين الروايتين فان أحدهما بين ما أبهمه الآخر ويكون حديث حبيب بن أبى ثابت حديثاً آخر وارداً فى الجنسين وتحريم النساء فيهما ولا تنافى فى ذلك ولا تعارض وحينئذ يضطر الى النسخ إن ثبت موجبه أو ترجيحه وهو حاصل هنا بأمور (منها) ان رواية أحاديث التحريم أكثر كما سبقت عليهم والقاعدة الترجيح بالكثرة وهذا قد نص عليه الشافعى رحمه الله تعالى فى هذه المسألة التى نتكلم عليها فانه روى تحريم الفضل عن عمر وعثمان وأبي سعيد وأبى هريرة وعبادة وقال ورواية خمسة أولى من رواية واحد وقال سليم الداري

(فروع) لو قال رهنتك هذا الحق بما فيه أو هذه الخريطة بما فيها وما فيهما معلوم مرئي صح الرهن فى الظرف والمظروف والا لم يصح الرهن فى المظروف وفى الحق والخريطة قولا تفريق الصفقة وما نص عليه فى المختصر من الصحة فى الحق وعدمها فى الخريطة فسببه أنه وضع المسألة فى حق له قيمة يقصد مثله بالرهن وفى خريطة ليست لها قيمة تقصد بالرهن وحينئذ يكون المقصود ما فيها وان كان اللفظ مضافا اليهما جميعا وما فيهما بحيث لايصح الرهن فيه يبطل فيهما جميعا وفي وجه يصح الرهن فيهما جميعا وان كانت قليلة القيمة اعتباراً باللفظ ولو عكست التصوير فى الحق والخريطة كان الحكم بالعكس مما نص عليه ولا فرق ولو قال رهنتك الظرف دون مافيه صح الرهن فيه مهما كانت له قيمة وان قلت لانه إذا افرده نقد وجه الرهن نحوه وجعله المقصود وان رهن الظرف ولم يتعرض لما فيه نفيا أو اثباتا فان كان بحيث يقصد بالرهن وحده فهو المرهون لاغير وان كان لايقصد منفردا لكنه متمول فالمرهون الظرف وحده او مع المظروف فيه وجهان حكاهما الامام (اصحهما) أولهما ويجيء على قياسه وجهان فيما اذا لم يكن متمولا ان الرهن ينزل على المظروف أو يلغى *

ان الشافعي رضي الله عنه أومأ في موضع إلى أنه لاترجح بالكثرة في أحد الخبرين وهما سواء واليه ذهب قوم من أصحاب أبي حنيفة اعتباراً بالشهادة حيث لم يرجح فيها بكثرة العدد ونقله في شرح اللمع المصنف عن بعض أصحابنا (ومنها) انهم أسن فان فيهم عثمان وعبادة وغيرهما ممن هم أسن من البراء وزيد كما قاله الشافعي رحمه الله في أسامة (ومنها) بالحفظ فان فيهم أبا هريرة وأبا سعيد وغيرهما ممن هو مشهور بالحفظ أكثر من البراء وزيد لهذا الحديث في زمان الصباوهو مرجوح بالنسبة الى الاول * وانما قلت إن تحمل البراء و زيد في حالة الصبا لأنهما قالا قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وتحادثنا » هكذا قال وعند قدوم النبي صلى الله عليه وسلم كان سن كل منهما عشراً أو نحوها لما ذكر ابن عبد البر عن منصور بن سلمة الخزاعي انه روى باسناده الى زيد ابن حارثة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استصغره يوم أحد والبراء بن عازب وزيد بن أرقم وأبا سعيد الخدري وسعيد بن حبيبة وعبد الله بن عمر * وعن الواقدي أن أول غزوة شهداها الخندق * ومن المرجحات أيضاً أن حديث البراء و زيد مبيح وأحاديث عبادة وأصحابه محرمة واذا تعارض المقرر والناقل فالمرجح الناقل عن حكم الأصل عند الجمهور وهو الذي جزم به المصنف وسليم لانه يفيد حكما شرعياً خلافا لأبي عبد الله بن الخطيب حيث قال يقدم المقرر وان حصل التعارض في التحريم والاباحة من غير اعتضاد بأصل فالمحرم راجح على المبيح على أصح الوجهين عند أصحابنا ووافقهم الكرخي من الحنفية وأبو يعلى من الحنبلية للاحتياط خلافا للغزالي منا وعيسى بن إبان من الحنفية وأبي هاشم وجماعة من المتكلمين حيث قالوا هما سواء وثم وجوه أخر من الترجيح لاتخفى عن الفطن والله تعالى أعلم * واعلم أن ترجيح أحد الدليلين على الآخر كالمتفق عليه بين الائمة وهو المعلوم من

قال « الركن العاقد فلا يصح الا ممن يصح منه البيع * وفيه زيادة شرط وهو كونه من أهل التبرع * ولذلك لايصح لولي الطفل أن يرهن ماله الا لمصلحة ظاهرة * وهو أن يشتري بمائة مايساوي مائتين ولا يساوي المرهون أكثر من مائة حتى لو تلف لم يكن فيه مالاً يجبره المشتري * الا اذا كان في وقت يجوز فيه الايداع خوفا من النهب فيجوز الرهن * وكذا المكاتب (و) والمأذون (و) ويجوز للولي الارتهان عند تعذر استيفاء الحق أو تأجيله مهما باع بنسيئة مع الغبطة * ويجوز أن يرهن عقاره لحاجة ظاهرة في القوت حتى لايفتقر الى بيعه » *

يعتبر في المتعاقدين التكليف كما في البيع لكن الرهن تبرع فان صدر من أهل التبرع في ماله فذاك والا فالشرط وقوعه على وفق المصلحة والاحتياط إذ مقصود هذه التوطئة التدرج الى الكلام في ثلاثة فصول (أولها) رهن الولي مال الصبي والمجنون والمحجور عليه بالسفر وارتهانه لهم مشروط بالمصلحة والاحتياط فمن صور الرهن على وجه المصلحة أن يشتري للطفل مايساوي مائتين بمائة نسيئة ويرهن به مايساوي مائة من ماله فيجوز لانه اذا لم يعرض تلف ففيه غبطة ظاهرة وأن تلف المرهون

استقراء أحوال الصحابة والسلف وأنكره بعض المتكلمين وقال يتعين المصير الى دليل آخر سواهما أو للتخيير والاول هو الصواب والله أعلم * فقد اتضح بحمد الله تعالى الجواب عن ذلك ولعلك ترى أني أطلت فى ذكر هذه المسالة الاصولية فاعلم أنى متى جاءت قاعدة من هذه القواعد حددتها وأقوال الأئمة فيها والراجح منها ثم اذا عاد ذكرها فى موضع آخر حملت على الموضع الاول والله أعلم *

(فصل فى الأحاديث الواردة فى تحريم ربا الفضل) روى ذلك من حديث أبي بكر الصديق رضى الله عنه وعمر بن الخطاب رضى الله عنه وعثمان بن عفان وعلى بن أبي طالب وسعد بن أبي وقاص وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدرى وأبي هريرة وعبد الله بن عمر بن الخطاب وفضالة بن عبيد وأبي بكرة ومعمر بن عبد الله ورافع بن خديج وأبي الدرداء وأبي أسيد الساعدي و بلال وجابر ابن عبد الله وأنس بن مالك ورويفع بن ثابت و بريدة رضى الله عنهم أجمعين (أما) حديث أبي بكر رضى الله عنه فمشهور عن محمد بن السائب الكلبى عن سلمة بن السائب عن أبي رافع عنه قال «سمعت النبي ﷺ يقول الذهب بالذهب وزنا بوزن والفضة بالفضة وزنا بوزن والزائد والمستزيد فى النار» رواه أبو بكر بن أبي شيبة وعبيد بن حميد وغيرهما واختلف عن الكلبي فيه ففى سنن أبي قرة عن محمد ابن السائب عن أبي رافع والكلبى ضعيف وروى من طريق غيره ولم يصح (وأما) حديث عمر رضى الله عنه فرواه أبو جمرة ميمون القصاب عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبي ﷺ قال « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير مثلا بمثل من زاد أو ازداد فقد أربى »

كان فى المشتري ما يخيره ولو لم يساعد البائع إلا برهن مايزيد على مائة أعرض عن هذه المعاملة لان الرهن يمنع من التصرف وربما يتلف فيتضرر به الطفل ثم لو كان المرهون مالا يتلف في العادة كالعقار فعن الشيخ أبي محمد الميل الى تجويزه قال الامام وهو منقاس لكنه خلاف ظاهر المذهب (ومنها) إذا كان الزمان زمان نهب أو وقع حريق وخاف الولى على ماله فله أن يشتري عقارا و يرهن بالثمن شيئاً من ماله إذا لم يتهيأ أداؤه فى الحال ولم يبع صاحب العقار عقاره الا بشرط الرهن وذلك لان الايداع المجرد فى مثل هذه الحالة جائز ممن لايمتد النهب الى يده فهذه أولى * ولو استقرض شيئا والحالة هذه ورهن به لم يجز قاله الصيدلانى لانه يخاف التلف على مايستقرضه خوفه على ما يرهنه وأنت بسبيل من أن تقول اذا لم يجد من يأخذه وديعة ووجد من يأخذه رهنا وكان المرهون أكثر من قيمته من القرض وجب أن يجوز له الرهن (ومنها) أن يستقرض الولي لحاجته الي النفقة أو الكسوة أو توفية مايلزمه أو لا صلاح ضياعه ومرمتها ارتقاء بالارتفاع غلاته أو لحلول ماله من الدين المؤجل أو لنفاق متاعه الكاسد فان لم يرتقب شيئا من ذلك فبيع ما يتعذر رهنه أولى

وأبو جمرة ضعيف وقد اضطرب عنه فى هذا الحديث قال الدارقطنى فى كتاب العلل وأبو جمرة مضطرب الحديث والاضطراب فى الاسناد من قبله والله أعلم * (وأما) حديث عثمان بن عفان فصحيح أخرجه مسلم ولفظه فى رواياتنا أن رسول الله ﷺ قال « لاتبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين » (وأما) حديث على بن أبى طالب فأخرجه ابن ماجه والدارقطني فى سننهما والحاكم فى المستدرك من طريق محمد بن العباس جد الشافعى عن عمر بن محمد عن أبيه وهو من الحنفية عن جده وهو على رضى الله عنه قال « قال رسول الله ﷺ الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما من كانت له حاجة بورق فليصرفها بذهب وان كانت له حاجة بذهب فليصرفها بورق والصرف ها وها » وقال الحاكم انه غريب صحيح (وأما) حديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه فمخرج فى كتب السنن الأربعة والدارقطني والمستدرك على الصحيحين للحاكم وهذا لفظ المستدرك قال سعد سئل رسول الله ﷺ عن اشتراء الرطب بالتمر فقال رسول الله ﷺ أينهما فضل قالوا نعم الرطب ينقص فقال رسول الله ﷺ فلا يصح » هذا وان لم يكن فى معني الأحاديث المتقدمة فهو يدل على معناها من جهة أنه دل على معني الفضل فهؤلاء خمسة من العشرة فيهم الخلفاء الراشدون (وأما) حديث عبادة فهو اتم الأحاديث وأكملها ولذلك جعله الشافعى العمدة فى هذا الباب وعبادة أسن وأقدم صحبة من أبى سعيد وقد تقدم أن حديث عبادة من أفراد مسلم ورواه معه من أصحاب السنن أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه ولفظه فى مسلم من رواية أبى الأشعث عنه قال « سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء وعيناً بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى » وهذا اللفظ هو الذى أورده المصنف أولا فى الفصل الأول من هذا الباب ولم يخرجه بهذا اللفظ هكذا أحد من أصحاب الكتب الستة

من الاستقراض (وأما) الارتهان فمن صور المصلحة فيه أن يتعذر على الولي استيفاء دين الصبي فيرتهن به الى يتيسر الاستيفاء (ومنها) أن يكون دينه مؤجلا اما بأن ورثه كذلك أو باع الولى ماله نسيئة بالغبطة ولا يجوز الاكتفاء بيسار المشترى بل لابد من الارتهان بالثمن وفى النهاية رمز الى خلاف ذلك أخذا من جواز ابضاع ماله واذا ارتهن جاز ان يرتهن بجميع الثمن وفيه وجه انه لا بدوان يستوفى مايساوي المبيع نقداً وأعا يرتهن ويؤجل بالاضافة الى الفاضل (ومنها) ان يقرض ماله او يبيعه لضرورة نهب ويرتهن به أو بالثمن قال الصيدلانى والاولي الا يرتهن اذا كان المرهون مما يخاف تلفه لانه قد يتلف ويرفع الامر الى حاكم يرى سقوط الدين بتلف الرهن وحيث جاز للولى الرهن فالشرط ان يرهن من أمين يجوز الايداع منه ولافرق فى جميع ذلك بين الاب والجد والوصي والحاكم وأمينه نعم حيث يجوز الرهن والارتهان فللاب والجد أن يعاملا نفسهما ويتوليا الطرفين وليس لغيرهما ذلك واذا

غيره وقد اشتبه على بن معن المتكلم على هذا الكتاب فنسبه الى مسلم وأبى داود والترمذى ونسب الثانى الى مسلم وحده فأردت التنبيه على ذلك لئلا يغتر به فان المحدث اذا نسب الحديث الى كتاب مراده منه أصل الحديث فيحتمل منه ذلك (وأما) الفقيه فمراده ذلك اللفظ الذى يستدل به فلابد من الموافقة فيه والله أعلم * ورواه النسائى بقريب من هذا اللفظ من حديث مسلم بن يسار وعبد الله ابن عبيد عن عبادة قال «نهانا رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالذهب والورق بالورق والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر قال أحدهما والملح بالملح ولم يقله الآخر إلا مثلا بمثل يداً بيد وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر يداً بيد كيف شئنا قال أحدهما فمن زاد أو ازداد فقد أربى» ورواه ابن ماجه كذلك بهذا اللفظ وقدم الورق على الذهب و بعض قوله وأمرنا أن نبيع الذهب وقوله من زاد أو ازداد و رواية مسلم بن يسار هذه منقطعة فانه لم يسمع ذلك من عبادة وانما سمعه من أبى الأشعث عنه (وأما) رواية عبد الله بن عبيد ويقال له ابن هرمز فمتصلة فيما أظن والله أعلم * وذكره المزنى فى مختصره عن الشافعى رحمه الله كذلك من حديث مسلم ابن يسار ورجل آخر عن عبادة ولفظه فيه أن النبى ﷺ قال «لاتبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين يداً بيد ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر والتمر بالملح والملح بالتمر يداً بيد كيف شئتم» قال ونقص أحدهما التمر والملح وزاد الآخر فمن زاد أو استزاد فقد أربى وكذلك رويناه فى مسند الشافعى من رواية الربيع حرفاً بحرف إلا أنه قال وزاد أحدهما من زاد

وإذا تولى الاب الطرفين فكيفية القبض سنذكرها في رهن الوديعة من المودع (الفصل الثانى) رهن المكاتب وارتهانه جائز ان بشرط النظر والمصلحة كما ذكرنا فى حق الطفل (ومنهم) من قال لايجوز الرهن استقلالا وباذن السيد قولان بناء على أن الرهن تبرع وتفصيل صور الارتهان كما فى الفصل الاول وفيه وجه آخر أنه لايجوز له الاستقلال بالبيع نسيئة بحال وباذن السيد يخرج على الخلاف فى تبرعاته (الفصل الثالث) فى المأذون فان دفع اليه السيد مالا ليتجر فيه فهو كالمكاتب إلا من وجهين (أحدهما) أن رهنه أولى بالمنع من جهة أن الرهن ليس من عقود التجارات وشبهه الامام باجارة الرقاب وفى نفوذها منه خلاف سبق فى موضعه (والثاني) أن له البيع نسيئة باذن السيد بلا خلاف * وان قال له اتجر بجاهك ولم يدفع اليه مالا فله البيع والشراء في الذمة حالا ومؤجلا وكذا الرهن والارتهان إذ لاضرر فيه على السيد فان فضل فى يده مال كان كما لو دفع اليه مالا (وقوله) فى الكتاب إلا لمصلحة ظاهرة يجوز اعلامه — بالواو — لان القاضى ابن كج حكى وجها أنه لايجوز رهن مال الطفل بحال من الاحوال (وقوله) الا اذا كان فى وقت يجوز فيه الايداع هذا الاستثناء في نظم الكتاب يرجع

أو ازداد ورواه البيهقي في المعرفة من رواية المزني عن الشافعي أيضاً من طريق أبي قلابة عن أبي الأشعث متصلا بلفظ قريب من اللفظ الأول وهذه الألفاظ كلها متفقة في تصدير الحديث بالنهي وفي استيفاء الاجناس الستة وانفردت رواية الشافعي بالجمع بين قوله عيناً بعين يداً بيد ولم أقف على ذلك في حديث عبادة الا من هذه الرواية ولا في أكثر الأحاديث الا في حديث أبي سعيد الخدري الذي تقدم وفيه جمع بينهما فهذا اللفظ الواحد الذي أورده المصنف في الفصل الأول والظاهر أنه أورده من مسلم أو ممن نقل عنه ونعم مافعل إلا أن قوله في آخره استزاد ليس في مسلم بل في لفظ الشافعي في المختصر والنسائي في رواية من لفظ عبادة وانما جاء لفظ استزاد في مسلم من حديث أبي سعيد ولفظ عبادة ازداد هذا الذي رأيته في روايتنا والله أعلم * وفي لفظ آخر لمسلم عن عبادة قال «قال رسول الله ﷺ الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يداً بيد فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد وهذا اللفظ هو الذي أورده المصنف في هذا الفصل لكنه قدم التمر على البر ولم يقل سواء بسواء فانه تأكيد لقوله مثلا بمثل ورواه بقريب من هذا اللفظ أبو داود والترمذي والنسائي من طريق أبي الأشعث ولفظ أبي داود فيه «الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها والبر مدًّا بمد والشعير بالشعير مدًّا بمد والتمر بالتمر مدًّا بمد والملح بالملح مدًّا بمد فمن زاد أو ازداد فقد أربى» ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يداً بيد واما نسيئة فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يداً بيد وأما النسيئة فلا» ولفظ الترمذي «الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل والتمر

الى اشتراط مساواة قيمة المرهون للدين فانه يجوز أن يكون في زمان النهب أكثر من الدين بل هو عذر يجوز الرهن على ما نلخص (وقوله) وكذا المكاتب والمأذون مهملان بالواو *

الباب الثاني في القبض والطوارىء قبله

قال (والقبض ركن في الرهن لايلزم (م) الا به * وكيفيته في المنقول والعقار ما ذكرنا في البيع * ولا يصح إلا من مكلف * ويجوز للمرتهن أن ينيب غيره إلا عبد الراهن ومستولدته لان يدهما يد الراهن * ويستنيب مكاتب الراهن * وفي عبده المأذون خلاف) *

كلام الباب يقع في قسمين (أحدهما) بيان اعتبار القبض وانه بم يحصل وممن يصح (أما) الاعتبار الأول فان القبض ركن في لزوم الرهن فلو رهن ولم يقبض كان له ذلك نعم لو كان مشروطاً في بيع فللبائع الخيار وقال مالك يلزم الرهن بنفسه وعن أحمد مثله الا في المكيلات والموزونات * لنا أنه

بالتمر مثلا بمثل والملح بالملح مثلا بمثل والشعير بالشعير مثلا بمثل فمن زاد أو ازداد فقد أربى بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيدو بيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد و بيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد» قال الترمذي حديث عبادة حديث حسن صحيح قال وقد روى بعضهم هذا الحديث عن خالد بهذا الاسناد وقال بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد وروى بعضهم هذا الحديث عن خالد عن أبي قلابة عن أبي الأشعث عن عبادة عن النبي ﷺ الحديث وزاد فيه قال خالد قال أبو قلابة فبيعوا البر بالشعير كيف شئتم فذكر الحديث ولفظ النسائي قريب من لفظ أبي داود مختصر وهذه الألفاظ مشتركة في تصدير الحديث بالاثبات لا بالنهي وفيها زيادة تصريح بالأصناف المختلفة وعند النسائي من حديث حكيم بن جابر عن عبادة قال «سمعت رسول الله ﷺ يقول الذهب الكفة بالكفة والفضة الكفة بالكفة حتى قال الملح الكفة بالكفة» وقد روى ماتوم أن حكيما لم يسمعه من عبادة فهذه ألفاظ الكتب الخمسة في حديث عبادة والله أعلم * وانما أطلت الكلام على هذا الحديث لكونه الذي ذكره المصنف (وأما) حديث أبي سعيد الخدري فهو أتمها وأحسنها بعد حديث عبادة لاسيما وهو المناظر لابن عباس في ذلك وهو في أصله متفق علي صحته وقد اعتمد عليه أبو حنيفة رضي الله عنه فانه رواه عن عطية العوفي عنه ولفظه الذى اتفقا عليه مختصراً «أن رسول الله ﷺ قال لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تبيعوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تبيعوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» وفى رواية البخاري إلا يداً بيد ولفظه عند البخاري «كنا نرزق بجمع تمر الجمع وهو الخلط من التمر وكنا نبيع صاعين بصاع فقال النبي ﷺ لا صاعين بصاع ولا درهم بدرهمين» وكذلك فى مسند أحمد «لا صاعى تمر بصاع ولا صاعي حنطة بصاع ولا درهمين بدرهم» قال أحمد قال زيد ولا صاعا تمر بصاع ولا صاعا حنطة بصاع وفى رواية للبخاري «سمعت رسول الله ﷺ يقول الذهب بالذهب مثلا بمثل والورق بالورق مثلا

عقد إرفاق يحتاج الى القبول فلا يلزم إلا بالقبض كالقرض (وأما) انه بم يحصل فسبيله في العقار والمنقول ما تقرر في البيع و يعود الخلاف المذكور في أن التخلية هل تكفى فى المنقول أم لا بد من النقل وعن القاضي القديم بأنه لا يكفي التخلية في الرهن لان القبض مستحق في البيع وههنا بخلافه ويتعلق بهذا الاصل فروع مذكورة في الفصل الذي بعد هذا الفصل (وأما) انه ممن يصح فهو الذي يصح منه العقد و تجري النيابة في القبض جريانها في العقد لكن لا يجوز للراهن انابة المرتهن لان الواحد لا يتولى طرفى القبض كما بينا فى البيع وكما لا ينيبه لا ينيب عبده ولا مدبره ولا أم ولده لان يدهم يده ولا بأس بانابة مكاتبه لاستقلاله باليد والتصرف وفى عبده المأذون وجهان (أحدهما) الجواز لانفراده باليد والتصرف (وأصحهما) المنع فانه عبده القن وهو متمكن من الحجر عليه وهذا كله قد أشرنا اليه في البيع وعن الشيخ أبي على حكاية وجه ثالث

بمثل» ولفظه عند مسلم «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطى فيه سواء» وهو أتم ألفاظه * وكذلك رواه أحمد فى المسند وقد تقدم من ألفاظه عن ذكر مذهب ابن عباس غير هذا (وأما) حديث أبي الدرداء وأبى أسيد رضى الله عنهما فقد تقدما (وأما) حديث أبى هريرة رضى الله عنه فرواه البخارى ومسلم مقروناً بحديث أبى سعيد «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خيبر هكذا قال لا والله يارسول الله إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتفعل بع الجميع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً» ورواه مسلم وحده قال «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه» وفى أخرى «الذهب بالذهب وزناً بوزن مثلا بمثل والفضة بالفضة وزنا بوزن مثلا بمثل فمن زاد أو استزاد فهو ربا» وفى رواية عنده قال «الدينار بالدينار لافضل بينهما والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما» وفي رواية فى مسند أحمد صحيحة «الذهب بالذهب والورق بالورق ولا تفضلوا بعضها على بعض» (وأما) حديث ابن عمر رضى الله عنهما فرواه مالك فى الموطأ انه جاءه صائغ فقال يا أبا عبد الرحمن انى أصوغ الذهب ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه فأستفضل فى ذلك قدر عمل يدى فنهاه عبد الله بن عمر عن ذلك فجعل الصائغ يردد عليه المسألة وعبد الله ينهاه حتى انتهى الى باب المسجد أو الى دابته يريد أن يركبها ثم قال عبد الله بن دينار الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لافضل بينهما هذا عهد نبينا صلى الله عليه وسلم الينا وعهدنا اليكم» هكذا رواه مالك فى الموطأ فجعله من مسند ابن عمر ورواه من جهته النسائى فذكره هكذا فى كتابه الكبير من مسند ابن عمر وذكره فى كتاب المجتبي أيضاً من جهته لكن وقع في روايتنا عنه عن مجاهد قال قال عمر وأخذ بظاهره ابن الاثير فى جامع الأصول فقال ان النسائى جعله من مسند عمر والذي أظن أن الذى وقع فى روايتنا غلط سقط ابن وكذلك من النسخة التى

وهو أن المأذون إن لم تركبه الديون لم يجز ابانته وان ركبته جاز لانقطاع سلطنة السيد عما فى يده ومشابهته المكاتب *

قال (ولو رهن من المودع نص أنه يفتقر الي إذن جديد * وفي الهبة من المودع نص انه يلزم * فقيل قولان بالنقل والتخريج * وقيل بالفرق لضعف الرهن * ثم لابد (و) من مضي زمان يمكن المسير فيه الى المبيت الذى فيه الرهن حتي يلزم * ونص الشافعى رضى الله عنه أنه لا يكون قبضاً مالم يصل الى بيته * وقيل ان ذلك انما يشترط عند التردد فى بقائه ليتيقن وجوده * والاصح (و) أنه لو باع من المودع دخل فى ضمانه بمجرد البيع) *

وقعت

وقعت لابن الأثير والله أعلم * وقال الشافعي رحمه الله عقب روايته له عن مالك هذا خطأ ثم رواه عن سفيان بن عيينة عن وردان الدوى عن ابن عمر فقال فيه هذا عهد صاحبنا الينا وعهدنا اليكم قال الشافعي رحمه الله يعني بصاحبنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال البيهقي في المعرفة وهو كما قال فالأخبار دالة على أن ابن عمر لم يسمع في ذلك من النبي ﷺ شيئاً ثم قال يعني الشافعي يجوز أن يقول هذا عهد نبينا الينا وهو يريد الى أصحابه بعد ما ثبت له ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث أبي سعيد وغيره * وقد تكلم ابن عبد البر هنا بما لا أستحسن أن أقابله بمثله لما ألزمت نفسي من الأدب مع العلماء ونسب الشافعي إلى الغلط ورأى أن رواية سفيان مجملة ورواية مالك مبينة فيكون مراده بقوله صاحبنا هو النبي ﷺ والصواب ما قاله الشافعي رحمه الله فان في صحيح مسلم عن نافع قال « كان ابن عمر يحدث عن عمر في الصرف ولم يسمع من النبي ﷺ فيه شيئاً » ولكن لرواية ابن عمر أصل في تحريم ربا الفضل فانه روى عنه قال « كان عند رسول الله ﷺ أناس فدعا بلالا بتمر عنده فجاء بتمر أنكره رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما هذا التمر قال التمر الذي كان عندنا أبدلناه صاعين بصاع فقال رد علينا تمرنا رويناه في مسند عبد بن حميد من حديث أبي دهقانة عن ابن عمر وفي مسند أحمد عن شرحبيل أن ابن عمر وأبا هريرة وأبا سعيد حدثوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل عيناً بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربي » قال شرحبيل إن لم أكن سمعته منهم فأدخلني الله النار * ويحتمل أن يكون ابن عمر أرسل ذلك لما ثبت له من جهة أبي سعيد وغيره (وأما) حديث فضالة بن عبيد فصحيح رواه مسلم قال « كنا مع رسول الله ﷺ يوم خيبر نبايع اليهود الأوقية الذهب بالدينارين والثلاثة فقال رسول الله ﷺ لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا وزناً بوزن » (وأما) حديث أبي بكرة فرواه البخاري ومسلم قال « نهى رسول الله ﷺ عن الفضة بالفضة والذهب بالذهب إلا سواء بسواء وأمرنا أن نبتاع الذهب بالفضة كيف شئنا والفضة بالذهب كيف شئنا » رواه بهذا اللفظ (وأما) حديث معمر بن عبد الله

في الفصل مسألتان (احداهما) لو أودع مالا عند انسان ثم رهنه منه فظاهر نصه انه لا بد من اذن جديد في القبض ولو وهبه منه فظاهر نصه انه يحصل القبض من غير إذن جديد وللاصحاب فيهما طريقان مشهوران وثالث غريب (أظهر) المشهورين أن فيهما قولين (أحدهما) أنه لا حاجة في واحد من العقدين إلى الاذن في القبض بل انشاؤهما مع الذي في يده المال يتضمن الاذن في القبض (وأصحهما) انه لا بد منه وبه قال أبو اسحق لان اليد الثابتة كانت غير جهة الرهن ولم يجر تعرض للقبض بحكم الرهن (والثاني) تقرير النصين والفرق أن الهبة عقد تمليك ومقصوده الانتفاع والانتفاع

فصحيح أخرجه مسلم « أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال بعه ثم اشتر به شعيراً فذهب الغلام فأخذ صاعاً و زيادة بعض صاع فلما جاء معمراً أخبره بذلك فقال له معمر لم فعلت ذلك انطلق فرده ولا تأخذن إلا مثلا بمثل فاني كنت سمعت رسول الله ﷺ يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل » وكان طعامنا يومئذ الشعير قيل له فانه ليس بمثله قال إني أخاف أن يضارع وقد ذكر المصنف المسند منه في الفصل الأول وسيأتي الكلام على القمح والشعير (وأما) حديث رافع بن خديج فرواه أبو جعفر الطحاوى في شرح معانى الآثار عن أبي بكرة ثنا عمر بن نذير نا عاصم بن محمد حدثني زيد بن محمد قال حدثني نافع قال « مشى عبد الله بن عمر الى رافع بن خديج في حديث بلغه عنه في بيان الصرف فأتاه فدخل عليه فسأله عنه فقال رافع سمعته أذناى وأبصرته عيناى رسول الله ﷺ يقول لاتشفوا الدينار على الدينار ولا الدرم على الدرم ولا تبيعوا غائباً منها بناجز وان استنظرك حتى يدخل عتبة بابه (وأما) حديث بلال رضي الله عنه فرويناه في مسند الامام أبي محمد الدارمي ورواه عن عثمان بن عمر أنا اسرائيل عن أبي اسحق عن مسروق عن بلال قال « كان عندى مد تمر للنبي ﷺ فوجدت أطيب منه صاعاً بصاعين فأتيت به النبي ﷺ قال من أين لك هذا يا بلال قلت اشتريته صاعاً بصاعين قال رده ورد علينا تمرنا » (وأما) حديث ابن عبد الله فرواه الامام أبو محمد بن عبد الله بن وهب في مسنده قال أخبرني ابن لهيعة عن أبي الزبير عن جابر قال « كنا في زمان رسول الله ﷺ نعطى الصاع من حنطة في ستة آصع من تمر فاما سوى ذلك من الطعام فيكره ذلك إلا مثلا بمثل وفي مسند أحمد وغيره عن جابر بن عبد الله وأبي سعيد الخدرى وأبي هريرة رضي الله عنهم انهم نهوا عن الصرف رفعه رجلان منهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم » الصرف هنا محمول على الفضل في بيع النقد بمثله والله أعلم • هذا وان كان ظاهر لفظه فيه اشكال فانه يفيد كراهة الطعام بجنسه إلا مثلا بمثل وهو المقصود (وأما) حديث أنس بن مالك فرواه الدارقطني في سننه من حديث أبي بكر بن عياش عن الربيع بن صبيح — بفتح الصاد — عن الحسن عن عبادة وأنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه

لا يتم الا بالقبض والرهن توثيق وانه حاصل دون القبض ولهذا لو شرط في الرهن كونه في يد ثالث جاز ولو شرط مثله في الهبة فسد وكانت الهبة ممن المال في يده رضي بالقبض (والثالث) الغريب حكاه القاضي ابن كج عن ابن خيران القطع باعتبار الاذن الجديد فيهما ومحاولة تأويل نصه في الهبة وسواء شرط إذن جديد في القبض أو لم يشترط فلا يلزم العقد مالم يمض زمان يتأتى فيه القبض لكن إذا شرط الاذن فهذا الزمان يعتبر من وقت الاذن فان لم يشترطه فهو معتبر من وقت العقد وقال حرملة لا حاجة إلى مضي هذا الزمان ويلزم العقد بنفسه والمذهب الاول لانا نجعل دوام

وسلم قال « ماوزن مثلا بمثل إذا كان نوعا واحداً وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به » قال الدارقطني لم يروه غير أبي بكر عن الربيع هكذا وخالفه جماعة فرووه عن الربيع عن ابن سيرين عن عبادة وأنس عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ غير هذا اللفظ (وأما) حديث رويفع ابن ثابت فرواه الطحاوى ثنا فهد بن أبي مريم أنا نافع بن يزيد أنا ربيعة بن سليم مولى عبد الرحمن ابن حسان النجيبي انه سمع حنش الصنعاني يحدث عن رويفع بن ثابت عن عروة إياس قبل العرب يقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى غزوة خيبر بلغني انكم تبتاعون المثقال بالنصف والثلثين وانه لايصلح إلا المثقال بالمثقال والوزن بالوزن » ورويفع بن ثابت هذا أنصارى صحابي قال البخارى فى التاريخ الكبير يعد فى المصريين وذكره بن أبي خيثمة فى تاريخه فى الأنصار وروي له حديثاً سمعه من النبي صلى الله عليه سلم (وأما) حديث بريدة فرواه الطحاوى بسند فيه الفضل ابن حبيب السراج إلى بريدة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتهى تمراً فأرسل بعض أزواجه ولا أراها إلا أم سلمة بصاعين من تمر فأتوا بصاع من عجوة فلما رآه النبي صلى الله عليه وسلم أنكره فقال من أين لكم هذا قالوا بعثنا بصاعين فأتينا بصاع فقال ردوه فلا حاجة لى فيه » فهؤلاء من حضرني رواياتهم من الصحابة رضى الله عنهم عشرون صحابياً ورواه مرسلا يحيي بن سعيد الأنصارى قال « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين يوم خيبر أن يبيعا آنية من المغنم من ذهب أو فضة فباعا كل ثلاثة بأربعة عيناً أو كل أربعة بثلاثة عيناً فقال لهما أربيتما فرداً » رواه مالك فى الموطأ والسعدان سعد بن مالك وسعد بن عبادة وروي أيضا مرسلا بزيادة على الستة عن مالك بن أوس بن الحدثان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « التمر بالتمر والزبيب بالزبيب والبر بالبر والسمن بالسمن والزيت بالزيت والدينار بالدينا والدرهم بالدرهم لافضل بينهما » وهو مرسل واسناده فى غاية الضعف فيه رجل وضاع وآخر مجهول فهذه اثنان وعشرون حديثا منها فى الصحيحين حديث أبى سعيد وأبي بكرة وفى مسلم وحده حديث عبادة وأبى هريرة وعثمان بن عفان وفضالة وعلى الخمسة الأول اقتصر الشافعى رضى الله

اليد كابتداء القبض فلا أقل من زمان يتصور فيه ابتداء القبض فعلى هذا لو كان المرهون منقولا غائباً اعتبر مضي زمان يمكن المصير اليه ونقله وهل يشترط مع ذلك نفس المصير إليه ومشاهدته فيه وجهان (أحدهما) نعم ليتعين حصوله وثبوته وهذا ظاهر النص (وأصحهما) لا ويكتفي بأن الاصل بقاؤه واختلفوا فى محل النص منهم من جعله احتياطاً ومنهم من حمله على ما إذا كان المرهون مما يتردد فى بقائه فى يده بأن كان حيوانا غير مأمون الانقلاب (أما) اذا نفيه فلا حاجة اليه ومن قال بهـذا جعله وجها ثالثا فارقا فان شرطنا الحضور والمشاهدة فهل يشترط النقل أيضافيه وجهان (أحدهما) نعم

عنه (ومنها) خارج الصحيحين وهو صحيح حديث أبي أسيد وأبي الدرداء وسعد بن أبي وقاص والله أعلم وفى بقية ذلك ماينظر فيه والله أعلم (الحكم الثاني) تحريم النسيئة وهو حرام فى الجنس والجنسين إذا كان العوضان جميعا من أموال الربا كالذهب بالذهب والذهب بالفضة والحنطة بالحنطة والحنطة بالتمر وذلك مجمع عليه بين المسلمين وممن نقل الاجماع عليه صريحا الشيخ أبو حامد ونقل جماعة عدم الخلاف فيه فقال أبو محمد بن حزم فى كتاب مراتب الاجماع واتفقوا أن بيع الذهب بالذهب بين المسلمين نسيئة حرام وأن بيع الفضة بالفضة نسيئة بين المسلمين حرام إلا انا وجدنا لعلى رضى الله عنه انه باع من عمر بن حريث جبة منسوجة بالذهب بذهب الى أجل وان عمر أحرقها وأخرج منها من الذهب أكثر مما ابتاعها به ووجدنا للمغيرة المخزومي صاحب مالك أن ديناراً وثوبا بدينارين احدهما نقد والآخر نسيئة جائز واتفقوا أن بيع القمح بالقمح نسيئة حرام وأن بيع الشعير بالشعير كذلك نسيئة حرام وأن بيع الملح بالملح نسيئة حرام وأن بيع التمر بالتمر نسيئة حرام اه كلام ابن حزم وقد رأيت المسألة التى أشار اليها عن المغيرة المخزومى فى تعليقة أبي اسحق التونسى من المالكية وذلك مما لايعرج عليه ولعل له تأويلا أو وقع وهم فى النقل * ومن الأدلة على التحريم فى ذلك الأحاديث المتقدمة كحديث أسامة وحديث البراء وزيد بن أرقم وحديث أبى سعيد الخدري (أما) حديث أسامة فقوله «إنما الربا فى النسيئة» ان جعلناه منسوخا فالمنسوخ منه الحصر خاصة كما قيل مثله فى «إنما الماء من الماء» فان الحكم بالاثبات مستمر لم ينسخ * وان حملناه على أنه جواب عند اختلاف الجنسين فيكون دالا علي تحريم النساء فى الجنسين وفى الجنس الواحد بطريق أولى لأن تحريم النساء آكد بدليل تحريمه فى الجنسين فاذا حرم التفاضل فالنساء أولى وان حملناه على التأويل الثالث وهو بيع الدين بالدين فلا تبقى فيه دلالة وحديث البراء وزيد صريح فى النهى عن بيع الذهب بالورق ديناً

لان قبض المنقول به يحصل (والثاني) وهو أصحهما وقطع به طوائف من الاصحاب انه لايشترط لان النقل انما يعتبر ليخرج من يد المالك وهو خارج ههنا واذا شرطنا وراء مضى المدة شيئاً اما الحضور وحده أو مع النقل فهل يجوز أن يوكل فيه حكى الامام فيه وجهين (أصحهما) الجواز كما فى ابتداء القبض ووجه المنع أن ابتداء القبض وهو النقل وجد من المودع فليصدر بقيه منه *

(فرعان) الاول لو ذهب الى موضع المرهون فوجده قد خرج من يده نظر ان أذن له في القبض بعد العقد فله أخذه حيث وجده وان لم يأذن له لم يأخذه حتى يقبضه الراهن سواء شرطنا الاذن الجديد أولم نشرطه هكذا قاله أبو الفضل بن عبدان وكأنه صور فيما إذا علم بخروجه من يده قبل العقد (أما) إذا خرج بعده ولم نشرط الاذن الجديد فقد جعلنا الرهن ممن فى يده إذنا فى القبض فليكن بمثابة ما لو استأنف اذنا (الثاني) إذا رهن الاب مال الطفل من نفسه أو ماله من الطفل

فني الجنس الواحد أولى كما تقدم وفى حديث أبي سعيد « ولا تبيعوا منها غائبا بناجز »وهذا صريح في منع الآجل في الجنس الواحد بل عمومه شامل لكل المذكور سواء كان جنساً أو جنسين وقد أخذهذا الحكم أيضاًمن قوله صلى الله عليه وسلم «هاوها» (إما) لأن اللفظة تقتضي ذلك ابتداء (واما) لانها تقتضى التقابض ومن ضرورته الحلول غالبا وأما فرض أجل يسير ينقض في المجلس فنادر غير مقصود ومنع الماوردي أخذه من هذا وقال هو والغزالي إنه مأخوذ من قوله عيناً بعين إذ العين لايدخل فيها الأجل ولا يمكنهما الوفاء بمقتضى هذا الاستدلال لأنهما وجميع الشافعية لايشترطون التعيين بل يجوزون أن يرد على موصوف في الذمة كما سيأتي إن شاء الله تعالى لكنه قد يقال انه غلب اطلاق الدينية في الأجل والعينية في مقابله وان لم يكن معيناً وفي تسليم هذه الغلبة نظر والله أعلم *

(الحكم الثالث) تحريم التفرق قبل التقابض ويسمى ذلك ربا اليد ويستوى في ذلك الجنس الواحد والجنسان (أما) في الذهب والورق فذلك مما لاخلاف فيه عن ابن المنذر قال أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد* وقال النووى في شرح مسلم جوز اسماعيل بن علية التفرق عند اختلاف الجنس وهو محجوج بالأحاديث والاجماع ولعله لم يبلغه الحديث ولو بلغه لما خالفه* وأما الطعام فقد خالف فيه أبو حنيفة رضى الله عنه وقال انه إذا باع الطعام بعضه ببعض وافترقا من المجلس ثم تقابضا بعد لم يضر العقد إلا إذا كان المبيع جزءا مشاعا من صبرة وفرق بينه و بين الصرف وفى الحقيقة ليس التقابض عنده من قاعدة الربا فى شيء لافى الصرف ولا فى الطعام وانما اشترطه فى الصرف لأجل التعيين فان من أصله ان الدراهم والدنانير لاتتعين بالتعيين وانما تتعين بالقبض فلو تفرقا قبل القبض لصار دينا ولكان فى ذلك بيع الكالىء بالكالىء وذلك منهى عنه على الاطلاق في الربويات وغيرها ويجعلون قوله يداً بيد لمنع النساء وقوله عيناً بعين تأكيداً بخلاف ما يفعل أصحابنا وزعموا أن هذا احتمال يترك به الظاهر

ففى اشتراط مضى زمان يمكن فيه القبض وجهان كالوجهين فى اشتراط لفظى الايجاب والقبول وقد ذكرناهما فى البيع * ان شرطناه فهو كالرهن الوديعة من المودع فيعود الاختلاف المذكور وقصد الاقباض والقبض وإقباضاً تنزل منزلة الاذن الجديد هناك (المسألة الثانية) اذا باع المالك الوديعة أو العارية ممن فى يده فهل يعتبر زمان امكان القبض لجواز التصرف وانتقال الضمان فيه وجهان (أصحهما) نعم ثم القول فى اشتراط المشاهدة واشتراط النقل كما فى الرهن والهبة (والثانى) لالأن البيع يفيد الملك فلا معنى مع اجتماع الملك واليد لاعتبار شيء آخر وهل يحتاج الي الاذن فى القبض تفريعا على الوجه الاول نظر ان كان الثمن حالا ولم يوفه لم يحصل القبض إلا إذا أذن البائع فيه فان وفاه أو كان مؤجلا فعن الشيخ أبى على رواية طريق انه كالرهن

أذاتأيد بدليل وقد دل عليه الكتاب والقياس (أما) الكتاب فهو أن المحرم فى الآية هو الربا والربا هو الزيادة وذلك اما فى المقدار واما فى الميعاد للاستحقاق وهو النساء أو الجودة أما في الجودة فقد أسقطها الشرع حيث قال جيدها ورديئها سواء رواه[1] ولسقوط قيمتها تحققت المماثلة وفى هذا بنوا أن من فوت جودة الحنطة لا يضمنها على حالها وكذلك كل مكيل وموزون لأن قيمة الجودة فى الربويات ساقطة بزعمهم على خلاف القياس والتفاضل في المقدار أو فى الميعاد فى الاستحقاق هو الربا فليس التقابض من الربا فى شيء إذ قيمة المقبوض بعد كونه نقداً كقيمة غير المقبوض فى المجلس بخلاف قيمة المؤجل فانه يخالف قيمة الحال فلو حرم ترك التقابض بحكم الربا لكان زيادة على كتاب الله تعالى (وأما) القياس فهو أن القبض موجب العقد إذ بالعقد يجب الاقباض فكيف يكون شرطا فيه لأن حق الشرط أن يقترن بالعقد فالواجب التعيين فقط لا القبض ووجه الكناية عن هذا المعنى بقوله يداً بيد ان اليد آلة الاحضار والاشارة والتعيين كما أنها آلة القبض فكما يكني بها عن القبض يجوز أن يكني بها عن التعيين * واذا كان المعنى محتملا وتأيد بدليل فلا بد من قبوله فالتعيين هو المقصود فى الربويات وفى السلم أيضاً فاذا أسلم دراهم فى حنطة وجب اقباض الدراهم ليتعين فلا يكون بيع الكالىء بالكالىء والأصل فى السلم أن يجرى بالأثمان فيكون الثمن مسلماً فيه وهو دين والثمن رأس المال وهو دين فيجب تعيينه ثم لما عسر على العوام التفرقة بين ما يجب تعيينه وما لا يجب أوجب الشرع القبض فى رأس المال مطلقا باسم السلم واوجب في الأثمان باسم الصرف تيسيراً لمرادهم وتحقيقا للغرض قالوا ولو كان المراد التقابض لقال يداً من يد فلما قال يداً بيد كان مثل قوله عيناً بعين (والجواب) عن ذلك انه لو كان التقابض في الصرف للخلاص عن بيع الكالىء بالكالىء لوقع الاكتفاء بالقبض في أحد الجانبين لأن بيع العين بالدين جائز كما فى السلم فوجوبه فى الجانبين لا مستند له إلا الحديث (فان قلت) ليس

(١) بياض بالاصل فحرر

(والمشهور أنه لا يحتاج اليه والفرق أن البيع يوجب القبض) فدوام اليد يقع عن القبض المستحق ولا استحقاق فى الرهن * ونعود الى ما يتعلق بلفظ الكتاب (قوله) قولان بالنقل والتخريج المشهور عند مثبتي القولين فى العقدين انهما حاصلان عن ضرب أحد النصين بالآخر على ما هو سبيل النقل والتخريج وروي ابن عبدان أنه نص فى الهبة على قولين فعلى هذا التصرف مخصوص بالرهن (وقوله) لضعف الرهن أراد به ما ذكرنا من تقاعده عن افادة الملك (وقوله) ثم لا بد من مضى زمان معلم بالواو لوجه حرملة (وقوله) يمكن المسير ولم يسر ينتظم فيهما السين والصاد ولفظ الشافعى رضي الله عنه فى المختصر الصاد (وقوله) والأصح أنه لو باع من المودع الى آخره يمكن حمله على الخلاف المذكور فى أن مضى الزمان هل يعتبر لكن الاقرب أنه أراد الخلاف المذكور فى أن الاذن الجديد هل يعتبر لان ايراده فى الوسيط مشعر به وأيضاً فانه لو حمل على الاول لكان اختياره على خلاف اختيار المعظم لما ذكرنا

أحدهما بأولى من الآخر فلذلك وجب فيهما (قلت) الوجوب عندهم هنا ليس معناه أنه يأثم بتركه على ما تقدم بل معناه أنه متى لم يحصل انفسخ العقد وتعليق انفساخ العقد على عدم قبض أحدهما غير ممتنع وقد تمسكوا فى الوجوب فيهما بالتسوية بين العوضين قال أصحابنا التسوية لحق المتعاقدين فينبغى إذا أسقطاها أن يسقط وان ذلك يبطل بما إذا باع درهما بثوب بين يجوز الاقتصار على قبض أحد البدلين مع فقدان التسوية (وأما) قولهم إن عيناً بعين تأكيد لقوله يداً بيد فذلك يستدعى أن يكون جمع بينهما فى حديث واحد وأن يكون عيناً بعين متأخر حتى يصلح أن يكون مؤكداً وهو فى حديث أبي سعيد كما تقدم وفى لفظ المستدرك بتقديم يداً بيد على عيناً بعين (وأما) فى حديث عبادة فلم أقف عليه إلا فى رواية الشافعى وفيها تقديم قوله عيناً بعين على يداً بيد والمؤكد لا يكون سابقاً على المؤكد فان جعلوا يداً بيد تأكيداً فالجواب ماقاله الامام محمد بن يحيى تلميذ الغزالى سبق قوله عيناً بعين يمنع هذا التأويل فان الصريح فى معنى يستغنى عن التأكيد بمحتمل كيف وتنزيل اللفظ على فائدتين أولى من الحمل على واحدة وقولهم إن اليد آلة للتعيين كما هى آلة للاقباض فالجواب أنها متعينة للاقباض (وأما) التعيين فيشاركها فيه الاشارة بالرأس والعين وغير ذلك وقولهم لو كان كذلك لقال يداً من يد ليس بصحيح لأن قوله يداً بيد معناه مقبوضاً بمقبوض فعبر باليد عن المقبوض لانها اليه من باب التعبير بالسبب الفاعلى عن المسبب وانتصابه على الحال أى حال كونه مقبوضا بمقبوض والباء السببية فيدل على اشتراط القبض من الجانبين ولو قال من يد لم يفد ذلك ثم اشتهر هذا المجاز حتى صار حقيقة عرفية حيث أطلق يداً بيد لا يفهم منه فى العرف غير التقابض وقد اعتضد أصحابنا فى المسألة بالأثر والمعنى (أما) الأثر فحديث عمر رضى الله عنه مع مالك بن أوس وطلحة بن عبيد الله لما تصارفا وقوله لاتفارقه فلما نهى عمر مالكا عن مفارقة طلحة حتى يقبض منه واستدل على ذلك بقوله ﷺ «الا ها وها» ودل على أنه فهم منه التقابض لا لمجرد الحلول وأنه أخذه من قاعدة الربا لا من قاعدة

أنهم اعتبروا الزمان وعلى هذا فقوله مجرد البيع لم يرد به التجرد المطلق وانما أراد البيع المجرد عن الاذن الجديد والله تعالى أعلم *

قال (ولو رهن من الغاصب لم يبرأ (م ح ز) من ضمان الغصب * كما لو تعدي فى المرهون يجتمع الضمان والرهن * ولو أودع من الغاصب يبرأ * وفى براءته بالاجازة منه وتوكيله بالبيع وجهان وكذلك فى براءة المستعير * وكذا لو صرح بابراء الغاصب مع بقائه فى يده) *

اذا رهن المالك ماله من الغاصب أو المستعير أو المستأجر أو الوكيل صح الرهن والقول فى افتقار لزومه الى مضى زمان يتأتي فيه القبض والى اذن جديد فى القبض على ما ذكرنا فى رهن الوديعة من المودع ومنهم من قطع فى الغصب بافتقاره الى اذن جديد لان يده غير صادرة عن اذن المالك أصلا

التعيين وبيع الكالئ بالكالئ وهذا الحديث سيأتي مستوفى ان شاء الله تعالى وفهم الراوى أولى من فهم غيره لاسيما مثل عمر بن الخطاب رضى الله عنه * ولهم أن يقولوا بعد تسليم الاحتجاج بمثل خلاف الظاهر والله أعلم * (وأما) المعني فهو ان ترك التقابض ربا لان الربا عبارة عن الفضل المطلق والفضل يكون من وجوه كثيرة يكون قدرا فى الصاع بالصاعين ونقداً فى العين بالنساء وقبضاً فى المقبوض وغير المقبوض قال أصحابنا بل الزيادة من حيث اليد فوق الزيادة من حيث العينية لأن الأعيان إنما تطلب ليتوصل اليها بالأيدى ولأن اليد تقصد بنفسها فى كثير من العقود والعينية لاتقصد بنفسها و إذا ثبت أنه ربا فيجب التقابض نفيا للربا ومتي جاز تأخير أحد العوضين أمكن الربا فلا يؤمن ذلك إلا بايجاب التقابض فيهما وهذا ملخص سؤال وجواب ذكره ابن السمعانى رحمه الله وسيأتى القول فى تعيين الايمان الذى جعلوا بناء كلامهم عليه إن شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم * والمالكية والحنبلية موافقون لنا فى المسألة يشترطون التقابض فى بيع الطعام بالطعام كما هو فى الصرف وقد أطال كل من الفريقين الحنفية ومقابليهم من أصحابنا وغيرهم فى الاستدلال والالزامات بما لم أر تطويل الكتاب بذكره وعمدة الحنفية فى الجواب مبني على أن الأثمان لا يتعين بالتعيين وسيأتى الكلام فى ذلك إن شاء الله تعالى فمتى لم يتم لهم ذلك الأصل انحل كلامهم فى هذه المسألة بقيام الاجماع على اشتراط القبض فى الصرف وحينئذ لا يبقى فرق بينه و بين الطعام والله أعلم *

﴿ فائدة ﴾ قال نصر المقدسى رحمه الله فتحصل فى القبض ثلاث مسائل ما يعتبر فيه القبض بالاجماع وهو الصرف وما لا يعتبر فيه بالاجماع وهو بيع المطعوم بنقد ومختلف فيه وهو بيع المطعوم بعضه ببعض (الحكم الرابع) جواز التفاضل عند اختلاف الجنس مع تحريم النساء والتفرق قبل التقابض ولا خلاف فى جواز المفاضلة عند اختلاف الجنس للاحاديث الصريحة السابقة وكذلك تحريم النساء عند الاتحاد فى علة الربا كما تقدم اما في المنصوص عليه فبالاجماع واما فى غيره فباجماع القايسين

ثم الرهن من الغاصب لايبرئه عن ضمان الغصب وأن تم ولزم خلافا لابى حنيفة وهو اختيار المزنى واحتج الاصحاب بأن الدوام أقوي من الابتداء ودوام الرهن لايمنع ابتداء الضمان فان المرتهن اذا تعدي فى المرهون يصير ضامنا ويبقى الرهن بحاله فلان لايرفع ابتداء الرهن دوام الضمان كان أولى * إذا تقرر ذلك فلو أن المرتهن أراد البراءة عن الضمان فليرده الى الراهن ثم له الاسترداد بحكم الرهن ولو امتنع الراهن من قبضه فله أن يجبره عليه قال الامام وفى كلام الشيخ أبي على مايدل على أن للراهن أن يجبره على رده ثم يرده هو عليه ولكن القياس وبه قال القاضى انه ليس له ذلك اذ لاغرض له فى تبرئة ذمة المرتهن * ولو أودع الغاصب المال المغصوب فوجهان (أحدهما) أنه لا يبرأ من الضمان كما فى الرهن منه (وأصحهما) وهو المذكور فى الكتاب أنه يبرأ لان مقصود الايداع الائتمان

والتفرق قبل التقابض حرام كذلك عندنا وعند المالكية والحنبلية خلافا للحنفية فيما عدا الصرف كما قدمته وقد مضى الكلام فى ذلك ومضت الأحاديث الدالة على وجوب التقابض عند اتحاد الجنس (وأما) الأحاديث الدالة على وجوب التقابض عند اختلاف الجنس واتحاده فحديث عمر رضي الله عنه وهو حديث مجمع على صحته خرجه مالك والشافعي والبخارى ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه فى كتبهم وهذا لفظ البخاري «عن مالك بن أوس أنه التمس صرفا بمائة دينار قال فدعاني طلحة بن عبيد فتراودنا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها فى يده ثم قال حتى يأتى حارنى[1] من الغابة وعمر بن الخطاب رضي الله عنه يسمع فقال عمر رضى الله عنه والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ثم قال قال رسول الله ﷺ الذهب بالورق ربا إلا هاوها والبر بالبرر با إلا هاوهاوالتمر بالتمر ربا إلا هاوها والشعير بالشعير ربا إلا هاوها» وفي رواية فى الصحيح أيضاً من قول عمر قال «سمعت رسول الله ﷺ يقول» فذكره وفى رواية «قال عمر والذي نفسى بيده ليردن اليه ذهبه ولينقدنه ورقه» يقول عمر ذلك لمالك بن أوس وفى الكلام التفات قال سفيان بن عيينة هذا أصح حديث روى عن النبي ﷺ فى هذا يعني فى الصرف وفي رواية فى هذا الحديث «الورق بالورق ربا إلا هاوها والذهب بالذهب ربا إلا هاوها» رواها ابن أبي ديب عن الزهرى عن مالك بن أوس وأسانيد الروايات المتقدمة أصح وهى فى صرف النقد بغير جنسه وعن عمر رضى الله عنه قال «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظره الا يداً بيد هات وهذا إنى أخشى عليك الربا» ومما هو نص فى المسألة فى الصرف حديث ابن عمر قال «كنت أبيع الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فقال صلى الله عليه وسلم اذا بايعت صاحبك فلا تفارقه

(١) كذا بالاصل فحرر

والضمان والامانة لا يجتمعان ولهذا لو تعدى المودع فى الوديعة ارتفعت الوديعة ويخالف الرهن لان الغرض منه التوثيق الا أن الامانة من مقتضاه وهو مع الضمان قد يجتمعان على ما بينا * ولو أجر العين المغصوبة منه فوجهان مرتبان على الايداع والاجارة أولى أن لا تفيد البراءة وهو الظاهر لانه ليس الغرض منها الائتمان بخلاف الوديعة * ولو وكله ببيع العبد المغصوب أو اعتاقه فوجهان مرتبان على الاجارة وأولى بعدم افادة البراءة لان فى عقد الاجارة تسليطاً على القبض والامساك والتوكيل بخلافه ويجوز أن يعلم قوله فى الكتاب وجهان فى مسألتى الاجارة والتوكيل — بالواو — للطريقة القاطعة بالمنع المتولدة من ترتيب الخلاف على الخلاف واليها أشار الاكثرون وفى معنى الاجارة والتوكيل ما اذا قارضه على المال المغصوب أو كانت جارية فزوجها منه * ولو صرح بابراء الغاصب عن ضمان الغصب والمال باق فى يده ففى براءته وصيرورة يده يد أمانة وجهان مبنيان على القولين فى الابراء

و بينك و بينه ليس لفظ النسائي والحديث مشهور مما انفرد به سماك وأكثر مايروى بلفظ فى أخذ البدل عما فى الذمة (الحكم الخامس) ان البر والشعير جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة رحمه الله والنووى وأحمد واسماعيل بن علية واسحق وأبو ثور وداود وهو مذهب عطاء وابراهيم النخعى والشعبي والزهرى والحسن البصرى وأهل البصرة وأكثر أهل الكوفة وقال به من الصحابة ابن عمر وعبادة بن الصامت وأبو هريرة وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك * وخالف مالك رحمه الله والأوزاعي والليث بن سعد فقالوا لايجوز بيع الحنطة بالشعير إلا مثلا بمثل وبه قال ربيعة وأبو الزناد والحكم وحماد وأبو عبد الرحمن السلمى وسليمان بن بلال وروى ولم يصح عن القاسم وسالم وسعيد بن المسيب وهو رواية عن أحمد قال ابن عبد البر وهو قول أكثر أهل المدينة وأهل الشام ودليلنا فى المسألة قوله ﷺ فى حديث أبى هريرة الثابت فى مسلم قال « قال رسول الله ﷺ التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو ازداد فقد أربى الا مااختلفت ألوانه » (وقوله) فى حديث عبادة « فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد » وأيضاً فانه نص على الاشياء الستة وأفرد كل واحد منها باسم وانما قصد الاجناس فدل على أن البر جنس والشعير جنس ويدل على المسألة صريحاً قوله ﷺ فى حديث عبادة من رواية مسلم « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد » ومن رواية النسائي « وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر يدا بيد كيف شئنا » وهذا نص (وأما) تأويل الحنفية فقد تقدم الجواب عنه وفى حديث عبادة الذى في سنن أبي داود « ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يداً بيد وأما النسيئة

عما لم يجب ووجد سبب وجوبه لان الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف (والظاهر) عدم حصول البراءة * وربما استشهد من قال بعدم البراءة في الصورة السابقة بهذه الصورة فقال انشاء عقود الامانات ليس بآكد من التصريح بالابراء فاذا لم تحصل البراءة به فتلك العقود أولى (وأما قوله) وكذا فى براءة المستعير فصورته ما اذا رهن المعير العارية من المستعير ولزم الرهن كما سبق ففى البراءة عن ضمان العارية وجهان عن حكاية صاحب التقريب (أصحهما) أنه لا يبرأ كما لا يبرأ عن ضمان الغصب (والثاني) يبرأ لان ضمان العارية أخف أمرا من ضمان الغصب لان اليد فيها مستندة الى رضي المالك * ورهن المقبوض على سبيل السوم والشراء الفاسد من المستام والمشتري كرهن العارية من المستعير *

قال (أما الطوارئ قبل القبض * فكل مايزيل الملك فهو رجوع * والتزويج ليس برجوع * واجارته رجوع (ان قلنا) إنها تمنع من البيع * والتدبير رجوع على النص * و على التخريج لا) *

فلا، وكذلك عند النسائي «ولا بأس ببيع الشعير بالحنطة يدا بيد والشعير أكثرهما» رواه من طريقين وروى النسائي أيضاً وابن ماجه من طريق ثالثة الى عبادة أيضاً فقال في آخر حديثه «وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر يداً بيد كيف شئنا» وكل هذه الطرق ترجع الى مسلم بن يسار وعبيد الله بن عبيد عن عبادة وقد تقدم التنبيه على أن مسلم بن يسار سمعه من أبي الأشعث عن عبادة لكن الترمذي في جامعه ذكر اختلافاً في هذه اللفظة فذكر أولا باسناده من رواية خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي الأشعث عن عبادة عن النبي ﷺ وقال فيه «وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد» ثم قال حديث عبادة عن حديث حسن صحيح وقد روي بعضهم هذا الحديث عن خالد بهذا الاسناد وقال بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد وروي بعضهم هذا الحديث عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي الاشعث عن عبادة عن النبي ﷺ الحديث وزاد فيه قال خالد قال أبو قلابة بيعوا البر بالشعير كيف شئتم فذكر الحديث انتهى كلام الترمذي فقد حصل الاختلاف على خالد الحذاء هل المذكور في مقابلة الشعير التمر أو البر فان كان التمر فلا دليل فيه على المالكية لانهم قائلون به وأنهما جنسان وان كان البر فالخلاف في ذلك أيضاً هل كذا من كلام النبي ﷺ أو مدرج في الحديث من كلام أبي قلابة كما ذكره الترمذي في الرواية الأخيرة ولذلك أو نحوه قال أبو بكر الابهري من المالكية في شرح كتاب ابن عبد الحكم أن قوله في حديث عبادة بيعوا الشعير بالحنطة كيف شئتم ليس هذا من حديث متفق على صحته ولا يلزمنا حجة به وقال أبو الوليد بن رشد من المالكية أيضاً في مختصره لكتاب الطحاوي أن قوله بيعوا البر بالشعير كيف

القسم الثاني من الباب اقول في الطوارئ التي يتأثر العقد بطروها قبل القبض وهي ثلاثة أنواع (الاول) ما ينشئه الراهن من التصرفات وكل ما يزيل الملك كالبيع والاعتق والاصداق وجعله أجرة في اجارة فاذا وجد قبل القبض فهو رجوع عن الرهن وفي معناه الرهن والهبة من غيره مع القبض وكتابة العبد ووطء الجارية مع الاحبال والوطء من غير احبال ليس برجوع وكذا التزويج اذ لاتعلق له بمورد الرهن بل رهن المزوجة ابتداء جائز (وأما) الاجارة ان قلنا ان رهن المكري وبيعه جائز فهو كالتزويج وإلا فهي رجوع وحكى الامام وجهاً آخر أنها ليست برجوع بحال كما لو دبر العبد المرهون والنص أنه رجوع وخرج الربيع قولا أنه ليس برجوع ولهذا مأخذان (احدهما) البناء على النص والتخريج في رهن المدبر (والثاني) توجيه التخريج بأن كان الرجوع عن التدبير ووجه النص وهو الاظهر بمنافاة مقصود التدبير لمقصود الرهن واشعاره بالرجوع ولا يخفى عليك بعد معرفة هذه الصور ان (قوله) في الكتاب وما لا يزيل كالتزويج ليس برجوع غير معمول به على اطلاقه (وان قوله) وجارته رجوع مجوز باعلامه — بالواو — والله تعالى أعلم *

شئتم يداً بيد زيادة لم يتفق عليها جميع الرواة فاحتمل أن تكون من قول قياساً على قول النبي ﷺ في بعض الروايات فاذا اختلف الصنفان فبيعوا كيف شئتم (والجواب) عن هذه العلة أن هذا الاختلاف عن خالد الحذاء ورواية التمر بدل البر وردت عنه من طريق سفيان الثوري ولم يصرح بأنه سمعها منه وقد انفرد الترمذي عن الكتب الخمسة بهذه الروايات عن سفيان عن خالد والمعروف عن سفيان من رواية الاشجعي عنه البر بالشعير رواه البيهقي وكذلك رأيته في حديث سفيان لابن بشر الدولابي من رواية عبد الله وهو ابن الوليد العدني عن سفيان وقال فيه بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير مثل ذلك قال سفيان عن خالد ثنا فزالت شبهة التدليس ورواه جماعة عن سفيان فلم يذكروا فيه شيئاً من اللفظين مثل أبي قرة موسى بن طارق رواه في سننه عن سفين فقال فيه والملح بالتمر ولم يذكر براً ولاشعيراً فه فاذا نظرت ما في الترمذي مع ما ذكرته عن الدولابي والبيهقي علمت أن الخلاف وقع علي سفيان والراجح عنه رواية البر بالشعير لأن الأشجعي من أثبت الناس فيه وقد تابعه عبد الله بن الوليد وصرح بالتحديث فهذا موضع الاختلاف علي خالد يوهن رواية التمر بالشعير ولو لم يحصل رجحان في الخلاف على سفيان ولا علي خالد فالذي يقتضيه النظر الرجوع الى غير روايات خالد وقد رأينا غير خالد مثل محمد بن سيرين عن مسلم بن يسار وعبد الله بن عبيد ومثل قتادة عن مسلم بن يسار عن أبي الأشعث رويا خلاف ماروى عن خالد وقالا الشعير بالبر وفي حديث بن سيرين وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق والبر بالشعير

قال ﴿ والنص أنه ينفسخ بموت الراهن ولا ينفسخ بموت المرتهن * فقيل قولان بالنقل والتخريج لتردد الرهن بين البيع الجائز والوكالة * وقيل بالفرض لان ركن الرهن من جانب الراهن العين حق الورثة والغرماء * وركنه من جانب المرتهن دينه وهو باق بحاله بعد وفاته * والاظهر أنه لاينفسخ بجنون العاقدين * وبالحجر عليهما بالتبذير ﴾ *

(النوع الثاني) ما يعرض للمتعاقدين من الحالات وفيه ثلاث صور (إحداها) نص في المختصر أن الرهن لايبطل بموت المرتهن قبل القبض ونقل نص أنه يبطل بموت الراهن وفيهما طرق (أظهرهما) أن في موتهما قولين نقلا وتخريجا (أحدهما) أنه يبطل بموت كل واحد منهما لانه عقد جائز والعقود الجائزة ترتفع بموت العاقدين كالوكالة (وأصحهما) أنه لا يبطل لان مصيره الى اللزوم فلا يتأثر بموتهما كالبيع في زمان الخيار (والثاني) تقرير النصين وبه قال أبو اسحق وفرقوا بأن المرهون بعد موت الراهن ملك الورثة ومتعلق حق الغرماء ان كان له غرائم أخر وفي استيفاء الرهن اضرار بهم وفي صورة موت المرتهن يبقي الدين كما كان وانما ينتقل الاستحقاق فيه الي الورثة وهم محتاجون الى الوثيقة حاجة مورثهم (والثالث) القطع بعدم البطلان سواء مات الراهن أو المرتهن وبه قال القاضي

والشعير بالبر يداً بيد كيف شئنا (وقوله) أمرنا محمول على أن الآمر هو النبي ﷺ لا عبادة فلا وجه لتحمل الأدراج فيه فوجب ان يحكم بصحة ذلك ولا ينظر الى التعارض والاختلاف على خالد ويتأيد ذلك بما فى الصحيح من قوله إلا مااختلفت ألوانه فى حديث أبى هريرة رضى الله عنه فان ظاهر ذلك أن التمر بالتمر والشعير بالشعير يجوز متفاضلا اذا اختلفت ألوانه صدنا عن ذلك الاجماع والنصوص فتبقى فى البر بالشعير على مقتضى الدليل و بقوله اذا اختلفت هـذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم والذى عولت المالكية عليه أمران (أحدهما) ما روى عن معمر بن عبدالله «أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال بعه ثم اشتر به شعيراً فذهب الغلام فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع فلما جاء معمر أخبره بذلك فقال له معمر لم فعلت ذلك انطلق فرده ولا تأخذ الا مثلا بمثل فانى كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير قيل فانه ليس بمثله قال إنى أخاف أن يضارع » رواه مسلم فى الموطأ عن مالك أنه بلغه أن سليمان بن يسار « قال فني علف دابته سعد بن أبى وقاص فقال لغلام له خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيراً ولا تأخذ الا بمثله » وهذا الأثر منقطع فى الموطأ وقد روى من طريق ابن أبى شيبة موصولا عن شبابة عن ليث عن نافع عن سليمان بن يسار وروى زيد ابو عباس أنه سأل سعد بن أبى وقاص عن البيضاء بالسلت فقال له سعد أيهما أفضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شرى التمر بالرطب فقال رسول الله ﷺ أينقص الرطب اذا يبس قالوا نعم فنهاه عن ذلك » أخرجه أبو داود وغيره مما رواه الشافعى عن مالك قال ابن عبد البر والبيضاء الشعير معروف ذلك عند العرب بالحجاز كما أن السمراء عندهم البر قال مالك و بلغنى عن القاسم بن محمد عن معقيب المدوسى مثل ذلك هكذا هو

أبو حامد * ومن قال بهذا أول ما نقل فى موت الراهن * واذا أبقينا الرهن قام ورثة الراهن مقامه فى الاقباض وورثة المرتهن مقامه فى القبض ووراء هذا في المسألة شيئان (أحدهما) اختلف المثبتون للقولين فى موضعهما فقال ابن أبى هريرة موضع القولين رهن التبرع (وأما) الرهن المشروط في البيع فانه لا يبطل بالموت قطعا لتأكده بالشرط واقترانه بالبيع اللازم فلا يبعد أن يكتسب منه صفة اللزوم وقال أبو الطيب بن سلمة القولان جاريان فى النوعين وهو المشهور وسواء قلنا بالبطلان أو قلنا إنه لا يبطل ولم يتحقق الوفاء بالرهن المشروط فيثبت الخيار فى البيع (والثانى) لك أن تستخرج الخلاف فى طرف موت الراهن من أصل سيأتى وهو أن التركة التى تعلقت بها الديون حكمها حكم المرهون أم لا (إن قلنا) نعم فقد أخذ جميع التركة حكم المرهون ولغا العقد السابق (وان قلنا) لا بقى الرهن لظهور فائدته ويجوز أن ينعكس فيقال ان قلنا يأخذ حكم المرهون بقي الرهن لتأكده بما عرض وان قلنا لا لغا العقد السابق كيلا يتضرر الورثة * (الصورة الثانية) لو جن أحد المتعاقدين

فى موطأ القعنبى عن معيقيب وفى موطأ يحيى بن يحيى عن معيقيب وقال مالك أيضاً عن نافع أن سليمان ابن يسار أخبره أنه فني علف دابة عبد الرحمن بن الأسود بن يغوث فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك طعاماً فابتع به شعيراً ولا تأخذ إلا مثله وروى عن يحيى بن أبى كثير عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أرسل غلاماً له بصاع من بر ليشترى له به صاعاً من شعير وزجره ان زاد أو يزداد قال ابن عبد البر وقد روى عن عمر بن الخطاب أنه رأى معيقيبا ومعه صاع من شعير قد استبدله بمد من حنطة فقال له عمر رضى الله عنه لايحل لك انما الحب مد بمد وأمره أن يرده الى صاحبه قال ابن عبد البر فاحتمل أن يكون عمر رأى الحبوب كلها صنفاً واحداً واحتمل أن يكون البر عنده والشعير فقط صنفاً واحداً فهؤلاء أربعة من الصحابة عمر وسعد بن أبى وقاص ومعمر ومعيقيب الدوسى وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث وهو من كبار التابعين منعوا التفاضل بينهما مع ظاهر قوله ﷺ « الطعام بالطعام مثلا بمثل » فهذا وجه من التمسك بالأثر وهو مغن عن تحقيق كونهما جنساً واحداً أو جنسين (الثانى) اثبات كونهما جنساً واحداً بالنظر فيما بينهما من التقارب واذا ثبت ذلك امتنع التفاضل بينهما ولم يشملهما منطوق قوله ﷺ « فاذا اختلفت الاصناف فبيعوا كيف شئتم » بل يكون مفهومه مانعاً من التفاضل بينهما على تقدير كونهما جنساً قالوا لان تقارب الأعراض والمنافع فى الشيء يصيره كالجنس الواحد بدليل اتفاقهم فى الحنطة والعلس وان اختلفت أسماؤها وأجناسهما وما بين الحنطة والشعير من التقارب أشد مما بينهما وبين العلس هذا مع اتفاق القمح والشعير فى المسبب والحصد وأن أحدهما لايكاد ينفك عن الآخر فلولا أنهما جنس واحد لم يجز بيع البر بالبر

أو أغمى عليه قبل القبض ترتب ذلك على الموت (إن قلنا) لايؤثر الموت فالجنون أولي (وإن قلنا) يؤثر ففى الجنون وجهان (فاذا قلنا) لايبطل الرهن فان جن المرتهن قبض الرهن من ينصبه القاضى قيماً فى ماله فان لم يقبضه الراهن وكان الرهن مشروطا فى بيع فعل ما فيه الحظ من الفسخ والاجازة * وان جن الراهن فان كان الرهن مشروطا فى بيع وخاف القيم فسخ المرتهن لو لم يسلمه والحظ فى الامضاء سلمه وان لم يخف أو كان الحظ فى الفسخ لم يسلمه وكذا لو كان الرهن رهن تبرع هكذا اطلقوه وهو محمول على ما إذا لم تكن ضرورة ولا غبطة لانهما يجوزان رهن مال المجنون ابتداء فالاستدامة أولي (الثالثة) لو طرأ الحجر على أحدهما لسفه أو فلس فهو لو كما طرأ الجنون لكن الخلاف فيه بالترتيب لان السفه لا يوجب سقوط العبارة رأساً والجنون يوجبه *

قال ﴿ وفى انفساخه بانقلاب العصير خمراً * وباباق العبد وجنايته وجهان أيضاً * ولا يجوز اقباضه وهو خمر فلو انقلب خمراً بعد القبض خرج عن كونه مرهونا * فاذا عاد خلا عاد مرهونا (و) ﴾*

وفيه شيء من الشعير لأنه لابد من تفاوتهما فهما نوعان لجنس واحد كالحنطة الحمراء مع السمراء والاعتبار في الجنسية مع التقارب فى الاحكام كالتقارب بين التمر والزبيب فى الخرص وكذلك التقارب فى الأثمان والحلاوة لان اغراض النفس تختلف فى كل نوع منها ذكر القاضى عبد الوهاب هذا جواباً عن قول الشافعى رضى الله عنه أن تقارب التمر والزبيب أشد من تقارب الحنطة والشعير وقال إن الأمر بالعكس ورجحوا مع هذين الأمرين مذهبهم بأنه أحوط وأبعد عن الربا (والجواب) عن أثر معمر أن فيه التصريح بأنه ليس مثله وانما تركه تورعاً وخشية أن يضارعه قال ابن العربى المالكى وقد ثبت عن النبى ﷺ أنهما صنفان وجواز التفاضل بينهما فلا وجه للمضارعة والاحتراز من الشبهة مع وجود النص (وأما) الأثر عن عمر ومعيقب فمنقطعان (وأما) الاثر عن سعد فعلى ظاهر رواية سليمان بن يسار لا دليل فيه لجواز أن يكون فعل سعد ذلك على سبيل الورع كما فعل معمر وعلى رواية ابن عباس أن سعداً سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد أيهما أفضل قال البيضاء فنهى عن ذلك الى آخره فقد أجاب الشافعى رحمه الله تعالى عنه فى الأم فقال فى باب بيع الطعام بالطعام على الحديث رأى سعد نفسه أنه كره البيضاء بالسلت فان كان كرهها نسيئة فذلك موافق لحديث رسول الله ﷺ وبه نأخذ ولعله ان شاء الله تعالى كرهها لذلك وان كرهها متفاضلة فان رسول الله ﷺ قد أجاز البر بالشعير متفاضلا فليس فى قول أحد حجة مع النبى ﷺ وهو القياس على سنة النبى ﷺ أيضاً وهذا الكلام من الشافعى رضى الله عنه لا مزيد على حسنه وفيه تسليم أن البيضاء بالسلت هي البر بالشعير وقد رأيت فى كتاب غريب الحديث لابراهيم الحربى أن السلت حبة بيضاء مضرسة وأهل العراق يسمون جنساً من الشعير لاقشر له السلت ذكر ذلك فى الحديث السادس

(النوع الثالث) مايعرض فى المرهون وفيه صور (إحداها) أنه لو رهن عصيراً أو أقبضه فانقلب فى يد المرتهن خمراً فلا نقول بأنها مرهونة وللأصحاب عبارتان قالت شرذمة يتوقف أن عاد خلا بان أن الرهن لم يبطل والابان انه يبطل وقال الجمهور يبطل الرهن لخروجه عن كونه الا ولا خيار للمرتهن ان كان الرهن مشروطا فى بيع لحدوثه فى يده ثم إذا عاد خلا يعود الرهن كما يعود الملك وحكى القاضى ابن كج عن أبى الطيب بن سلمة أنه يجيء فيه قول آخر أنه لا يعود الرهن الا بعقد جديد وادعى انه مذهب أبي حنيفة وكان هذا النقل لم يبلغ القاضى الحسين فقال على سبيل الاحتمال يجوز أن يجعل هذا على قياس عود الحنث ويخرج فيه مثل ذلك الخلاف (والمذهب الاول) وهو عود الرهن وتبين بذلك أنهم لم يريدوا ببطلان الرهن اضمحلال أثره بالكلية وانما أرادوا ارتفاع حكمه مادامت الخمرية * ولو رهن شاة فماتت فى يد المرتهن فدبغ جلدها فوجهان (أحدهما) وبه قال ابن خيران واختاره القاضى الروياني أنه يعود الرهن كما لو انقلبت الخمر خلا (وأظهرهما) عند

أن سعداً سئل عن السلت بالذرة فكرهه وهذا الذي قاله الحربي مع الذي قاله ابن عبد البر يبين أن البيضاء والسلت اللذين سئل عنهما سعد نوعان من الشعير لاسيما وسعد كان بالعراق فيحمل السلت الذي سئل عنه على مايتعارفه أهل العراق وحينئذ لايجوز بيعه بالشعير متفاضلا لأنه نوع منه كما أن الرطب والتمر نوعان من جنس واحد لايجوز بيعهامتفاضلا لكن رواية الحربي تقتضي أن سعداً كره السلت بالذرة أيضاً فلعله يطرد ذلك في جميع المطعومات أو يكون مذهبه كما سنذكره من مذهب الليث بن سعد لكن ابن عبد البر جعل ذكر الذرة في حديث سعد من وهم وكيع عن مالك وليس كذلك فان الحربي رواه عن أحمد بن يونس وخالد بن خداش كلاهما عن مالك وقالا فيه السلت بالذرة والله أعلم * وقال صاحب المحكم السلت ضرب من الشعير قال وقيل في السلت هو الشعير بعينه وقيل هو الشعير الحامض وقال أبو عبيد الهروى في العرنيين في هذا الحديث البيضاء الحنطة وهي السمراء وانما كره ذلك لانهما عنده جنس واحد هذا قول الهروى وعنه أن السلت هو حب من الحنطة والشعير لا قشر له رواه البيهقي عنه في بعض نسخ السنن الكبير وروى البيهقي باسناده في هذا الحديث عن سعد أنه سئل عن رجلين تبايعا بالسلت والشعير واذا كان كذلك والسلت هو الشعير فلا حجة فيه لذلك والله أعلم * وقال الخطابي البيضاء نوع من البر ابيض اللون وفيه رداءة يكون ببلاد مصر والسلت نوع غير البر وهو أدق حباً منه وقال بعضهم البيضاء هي الرطب من السلت والاول أعرف لان هذا القول أليق بمعني الحديث وعليه يبني موضع التشبيه من الرطب بالتمر واذا كان الرطب منها جنساً واليابس جنساً آخر لم يصح التشبيه انتهى كلام الخطابي فان صح أن البيضاء الرطب من السلت فمنع سعد ظاهر كالرطب وعبد الرحمن بن الاسود ليس بصاحبي بل هو تابعي كبير ولد على حياة رسول الله ﷺ ولو صح القول بذلك عن أحد من الصحابة

الا كثرين لايعود لأن ماليته مجلوبة بالصنعة والمعالجة وليس العائد ذلك المالك * ولو انقلب العصير المرهون خمرا قبل القبض ففي بطلان الرهن البطلان الكلى وجهان (أحدهما) نعم لاختلال المحل في حال ضعف الرهن وجوازه (والثاني) لا كما لو تخمر بعد القبض وقضية ايراد الأئمة ترجيح هذا الوجه لأنهم قرنوا هذا الخلاف من الخلاف في صورة عروض الجنون أو نحوه عليه فقالوا ان ألحقنا الرهن بالوكالة بطل بعروض الجنون وانقلابه خمرا قبل القبض وان ألحقناه بالبيع الجائز لم يبطل وقد مر أن الثاني أظهر قال في التهذيب وعلى الوجهين لو كان الرهن مشروطا في بيع ثبت للمرتهن الخيار لان الخل انقص من العصير ولا يصح الاقباض في حال الشدة ولو فعل وعاد خلا فعلى الوجه الثاني لابد من استئناف قبض وعلى الاول لابد من استئناف عقد * ثم القبض فيه على ما ذكرنا في انقلاب العصير المرهون خمرا قبل القبض *

معارضا

معارضاً (وأما) قوله ﷺ «الطعام بالطعام مثلا بمثل» فاما أن يكون الطعام جنساً خاصاً أو كل ما يطعم فان كان جنسا خاصاً إما الحنطة وحدها أو الشعير كما قد يفهمه قوله « وكان طعامنا يومئذ الشعير» فلا دليل فيه على المسألة وان كان الطعام كل مايطعم لزم ألا يباع القمح بالتمر ولا بغيره من المطعومات إلا مثلا بمثل وهم لايقولون به ولا أحد فتعين حمله على ما اذا كان من جنسه بدليل قوله « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وحينئذ تقف الدلالة من الحديث ويحتاج فى تحقيق كونها جنسين أو جنساً واحداً الى دليل منفصل (فان قلت) هل هذا الحمل من باب تخصيص العموم أومن باب حمل المطلق على المقيد (قلت) من باب تخصيص العموم والمخصوص هو من قوله بالطعام كانه قال الطعام بالطعام المجانس له مثلا بمثل والتجانس فى اللفظ يشعر بالتجانس في المعنى (وأما) حمل المطلق على المقيد فمتعذر فيما إذا كان الحكمان نهيين فان كان المراد بالحديث النهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلا بمثل وهو المتبادر الى الفهم والموافق لبقية الاحاديث فانه ههنا حمل المطلق على المقيد وان كان المراد بالحديث بيان وجوب المماثلة فى الطعام بالطعام (فان قلنا) ان المراد المعرف بالألف واللام العموم كما هو رأى أكثر الفقهاء فأيضا لا اطلاق ولا تقييد ويتعين المصير الى التخصيص (وان قلنا) لا يعم فيمكن أن يقال به على بعد لان ايجاب وصف فى مطلق ماهية لايستدعى وجوبه في كل أفرادها ووجه بعده لا يخفى (وأما) ما تمسكوا به من جهة المعني وتحقيق كونهما جنساً واحداً تتقارب المنفعة فيهما والامور التى ذكروها (فقد) أجاب أصحابنا بأن القمح والشعير مختلفان فى الصفة والخلقة والمنفعة فان القمح يوافق الآدمى ولا يوافق البهائم والشعير بالعكس يوافق البهائم ولا يوافق الآدمي غالبا ولا يغلب اقتياتهما فى بلد واحد وانما يغلب اقتيات الشعير في موضع يعز

(فرع) إذا انقلب المبيع خمرا قبل القبض فالكلام فى انقطاع البيع وعوده إذا عاد خلا على ماذكرنا في انقلاب العصير المرهون خمرا بعد القبض (الصورة الثانية) إذا جنى العبد المرهون قبل القبض وتعلق الارش برقبته وقلنا رهن الجانى ابتداء فاسد فعن الشيخ أبي على أن فى بطلان الرهن وجهين الحاقا للجناية بتخمير العصير والجامع عروض الحالة المانعة من ابتداء الرهن قبل استحكام العقد وهذه الصورة أولى بانه لا يبطل الرهن فيها لدوام الملك فى الجانى بخلاف الخمر (الثالثة) إذا أبق العبد المرهون قبل القبض قال الامام يلزم على مساق ما سبق تخريج وجهين فيه لانتهاء المرهون الى حالة يمنع ابتداء الرهن فيها (وقوله) فى الكتاب وجنايته وجهان يجوز أعلامه بالواو لان الخلاف في صورة الجناية يتفرع على منع رهن الجاني (أما) إذا جوزناه لا يأتى هذا الخلاف بحال (وقوله) عاد مرهونا معلم بالواو لما قدمناه *

قال (والتخليل بالقاء الملح فيه (ح) حرام لحديث أبي طلحة * وبالامساك غير محرم * وكذا بالنقل من ظل إلى شمس على الاصح) *

القمح فيه وهذه الذرة يقتاتها خلق من الناس والأرز يقتات غالبا فى بعض البلاد وهما عند مالك صنفان جائز التفاضل بينهما و بين كل منهما و بين البر وجعل الليث بن سعد الذرة والدخن والارز صنفا وسلم فى القطانى كالعدس والحمص والفول والجلبان فنلزمه بالفول لانه يقتات في بعض الاوقات ويختبز وقد جعل ذلك هو العلة فيما نقل عنه وقد حصل اختلاف المالكية فى القطانى وسأذكر خلافهم فى ذلك فى فصل جامع أتكلم فيه على تحقيق الاجناس ان شاء الله تعالى وهذا الذى ألزمناهم به ههنا هو قول مالك الذى لااختلاف عنه فيه (وأما) الغاء القاضى عبد الوهاب ما ألزمهم الشافعى به من التقارب بين التمر والزبيب فى انهما حلوان ويخرصان وتجب الزكاة فيهما فالغاء على وجه التحكم والا فما الدليل على ابطال هذه الشبه واعتبار ماادعاه هو (وأما) احتجاجهم ببيع البر بالبر وفيه شيء من الشعير فان كان الشعير المخالط قدراً لو ميز لظهور على المكيال فانه يمنع الحكم وعندنا أن البيع لايجوز والحالة هذه وان كان الشعير المخالط لايظهر على المكيال لو ميز فجواز البيع حينئذ لعدم ظهوره فى المكيال لالموافقته فى الجنس ألا ترى أن التراب الذى لايظهر فى المكيال لاتضر مخالطته وليس بجنس للطعام وقولهم ان ذلك بمنزلة الحنطة الحمرا. مع السمراء ممنوع فان الحنطتين ليس لكل منهما اسم خاص بخلاف الشعير مع القمح (وأما) العلس فانه يصدق عليه اسم الحنطة بخلاف الشعير لايصدق عليه حنطة لافى لغة ولاغيرها * ثم ان مايحاولونه من المعنى ينكسر بالذهب والفضة فان قيام كل منهما مقام الآخر أعظم من قيام الشعير مقام البر ومع ذلك هما جنسان وبالجملة فالنص مغن عن الالتفات الى المعني وقد ثبت ذلك فى جانبنا كما تقدم صريحاً من رواية أبى داود والترمذي وغيرهما وظاهراً من رواية مسلم فى حديث أبى هريرة وعبادة وقد قاس أصحابنا على ما اذا أتلف له حنطة أو أقرله أو صالحه عليها أو ضربها الامام جزية أو وجب عشر حنطة لم يقم الشعير مقامها فى شيء من ذلك *

أشار فى المختصر الى منع التخليل فى هذا الوضع وتأسى به أكثر الأصحاب فذكروا مسائله ههنا وأول ماينبغى أن يعرف أن الخمر قسمان خمر محترمة وهى التى اتخذ عصيرها لتصير خلا وانما كانت محترمة لان اتخاذ الخل جائز بالاجماع ولن ينقلب العصير الى الخمر الا بتوسط الشدة فلو لم تحترم واريقت فى تلك الحالة لتعذر ايجاد الخل وخمرة غير محترمة وهى التي اتخذ عصيرها لغرض الخمرية وفى كل واحد من القسمين ثلاث مسائل (احداها) تخليل الخمر بطرح العصير أو الخل او الخبز الحار أو غيرها فيها حرام والخل الحاصل نجس و به قال أحمد خلافاً لأبى حنيفة وعن مالك روايتان (احداهما) كمذهبنا (والأخرى) انه مكروه ولكن لو فعل جاز * لنا ما روى عن أنس رضى الله عنه

﴿ التفريع على هذه الاحكام ﴾

﴿ فرع ﴾ على تحريم التفاضل فى الجنس الواحد قال أصحابنا لا يجوز بيع الذهب بالذهب متفاضلا ولا الفضة بالفضة كذلك سواء كانا مصوغين أو تبرين أو عينين أو أحدهما مصوغاً والآخر تبراً أو عيناً أو جيدين أو رديئين أو أحدهما جيداً والآخر رديئاً أو كيف كان وهو مذهب الأوزاعى وأبى حنيفة وأحمد وأكثر العلماء وعلى ذلك مضى السلف والخلف قال الشافعى رضى الله عنه في كتاب الصرف من الأم « ولا خير فى أن يصارف الرجل الصائغ الفضة بالحلى الفضة المعمولة ويعطيه اجارته لأن هـذا الورق بالورق متفاضلا ولا نعرف فى ذلك خلافا إلا ماروى عن معاوية أنه كان لايرى الربا فى بيع العين بالتبر ولا بالمصوغ ويذهب إلى أن الربا لايكون فى التفاضل إلا فى التبر بالتبر وفى المصوغ بالمصوغ وفى العين بالعين كذلك حكاه ابن عبد البر ويشهد له ماتقدم وقد أشرت اليه هناك * وحكى بعض أصحاب أحمد عن أحمد أنه لايجوز بيع الصحاح بالمكسر لأن للصناعة قيمة وحكي أصحابنا وغيرهم عن مالك رحمه الله تعالى جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه كحلى وزنه مائة يشتريه بمائة وعشرة وتكون الزيادة فى مقابلة الصنعة وهى الصياغة قال الشيخ أبو حامد قال الأوزاعى كان أهل الشام يجوزون ذلك فنهاهم عمر بن عبد العزيز والمالكية ينكرون هـذا

قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أنتخذ الخمر خلا قال لا »(١) وروى أن أبا طلحة رضى الله عنه « سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عندى خمور لايتام فقال ارقها فقال أفأخللها قال لا »(٢) واذا حرم التخليل كان الخل الحاصل نجساً لان الفعل الحرام لايستباح به الغير المحظور كاصطياد المحرم وأيضا فان المطروح فى الخمر ينجس بملاقاتها وتستمر نجاسته اذ لامزيل لها ولا ضرورة الى الحكم بانقلابه طاهراً بخلاف آخر الدن ولا فرق فى هذه المسألة بين المحترمة وغيرها وحكى الامام عن بعض الاصحاب جواز تخليل المحترمة لانها غير مستحقة للاراقة والمذهب الأول وفى حديث أبي طلحة رضى الله عنه

---

(١) ﴿ حديث ﴾ أنس سئل رسول الله ﷺ أنتخذ الخمر خلا قال لا مسلم من حديثه *

(٢) ﴿ حديث ﴾ أن أبا طلحة سأل رسول الله ﷺ فقال عندى خمور لايتام فقال أرقها قال الا أخللها قال لا : أحمد وأبو داود والترمذى من حديث أنس وقد روي من حديث أنس عن أبي طلحة وأصله فى مسلم ﴿تنبيه﴾ روى البيهقي من حديث جابر مرفوعا ما أقفر أهل بيت من أدم فيه خل وخير خلكم خل خمركم وفي سنده المغيرة بن زياد وهو صاحب مناكير وقد وثق والراوى عن حسن بن قتيبة قال الدار قطنى متروك وزعم الصغانى أنه موضوع وتعقبته عليه وقال ابن الجوزى فى التحقيق لا أصل له قال البيهقى أهل الحجاز يسمون خل العنب خل الخمر *

النقل عن مالك قال القاضي عبد الوهاب في شرح الرسالة وحكى بعضهم عنا في هذا العصر أنه يجوز أن يستفضل بينهما قدر قيمة الصياغة وهذا غلط علينا وليس هذا بقول لنا ولا لأحد على وجه والدليل على منع ذلك عموم الظواهر التي قدمناها وليس فيها فرق بين المصوغ والمضروب وصرح القاضي عبد الوهاب بأن زيادة قيمة الصنعة انما لاتراعى إلا في الاتلاف دون المعاوضات فلا وجه لنصب الخلاف معهم وهم موافقون وقد نصب أصحابنا الخلاف معهم وكان شبهة النقل عنه في ذلك مسألة نقلها الشافعي رحمه الله عن مالك فكأن الأصحاب أخذوا منها ذلك لما كان لازما بينا منها وهاأناأنقل المسألة من كلام المالكية قال ابن عبد البر في الاستذكار رواهاجماعة من أصحاب مالك عن مالك وهي مسألة سوء منكرة لايقول بها أحد من فقهاء المسلمين وقد روى عن مالك في غير مسألةمايخالفهاقال مالك في التاجر يأتي دار الضرب بورقه فيعطيهم أجر الضرب ويأخذ منهم وزن ورقه مضروبة قال إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحوه فارجو أن لايكون به بأس وقال سحنون عن ابن القاسم أراه خفيفاً للمضطر ولذي الحاجة قال ابن وهب وذلك ربا ولا يحل شيء منه وقال عيسى بن دينار لايصلح هذا ولا يعجبني اه وقد ذكر بن رشد هذه المسألة في كتاب البيان والتحصيل ونقل عن مالك أنه قال إني لاأرجو أن يكون خفيفاً وقد كان يعمل به بدمشق فيما مضى وتركه أحب إلى أهل الورع من الناس فلا يعملون ذلك وقال ابن رشد إنها على وجهين مذمومين أخفها خلط اذهاب الناس فاذا خرجت من الضرب أخذ كل انسان منهم على حساب ذهبه وأعطى الضراب اجرته ونقل عن مالك رحمه الله أنه كان يعمل به في زمان بني أمية لأنها كانت سكة واحدة والتجار كثير والناس مجتازون والأسواق متقاربة فلو جلس كل واحد حتى يضرب ذهب صاحبه فاتت الأسواق فلا أرى بذلك بأساً فاما اليوم فان الذهب يغش وقد صار لكل مكان سكة تضرب

كانت تلك الخمور محترمة لانها كانت مباحة متخذة قبل ورود التحريم وهل يفرق بين الطرح بالقصد وبين أن يتفق بغير قصد كطرح الريح فيه اختلاف للاصحاب مبني على أن المعنى تحريم التخليل أو نجاسة المطروح فيه والاظهر أن لافرق هذا إذا كان الطرح في حال التخمير أما إذا طرح في العصير بصلا أو ملحا واستعجل به الحموضة بعد الاشتداد فوجهان (أحدهما) انه اذا تخلل كان طاهراً لأن ما لاقاه إنما لاقاه قبل التخمير فطهر بطهارته كأجزاء الدن (والثاني) لا لأن المطروح فيه ينجس عند التخمير وتستمر نجاسته بخلاف اجزاء الدن للضرورة قال في التهذيب وهذا أصح ولو طرح العصير على الخل وكان العصير غالبا ينغمر الخل فيه عند الاشتداد فهل يطهر اذا انقلب خلا فيه هذان الوجهان ولو كان الغالب الخل وكان يمنع العصير من الاشتداد فلا بأس (المسألة

فلا أرى ذلك يصلح والي هذا ذهب ابن المواز من رأيه ان ذلك لايجوز اليوم لأن الضرورة ارتفعت وقال سحنون لاخير فيه واليه ذهب ابن حبيب وحكى أنه سأل عن ذلك من لقى من المدنيين والمصريين فلم يرخصوا فيه على حال (والوجه الثانى) استعمال الدنانير ومبادلتها بالذهب بعد تخليصها وتصفيتها مع زيادة أجرة عملها قال فقال ابن حبيب ان ذلك حرام لايحل لمضطر ولا لغيره وهوقول ابن وهب واكثر اهل العلم وخفف ذلك مالك رحمه الله فى وسم بدرسعة مصوفها بعد هذا لما يصيب الناس فى ذلك من الحبس عن حقوقهم فى ذلك كما جوز المرى جواز العرية بخرصها وكما جوز دخول مكة بغير احرام لكن يكثر التردد اليها ثم قال ماهو من عمل الأبرار وقال ابن القاسم أراه خفيفاً للمضطر وذوى الحاجة (والصواب) ان ذلك لايجوز الا مع الخوف على النفس الذى يبيح أكل الميتة وانما خفف ذلك مالك ومن تابعه مع الضرورة التي تبيح أكل الميتة مراعاة لقول من لايرى الربا الا فى النسيئة روى ذلك عن ابن عباس ثم قال ابن رشد فى آخر كلامه ولم يجز مالك ولا أحد من أصحابه شراء حلى الذهب والفضة بوزنه من الذهب والفضة وزيادة قدر الصياغة وان كان معاوية يجيز تبر الذهب بالدنانير متفاضلا والمصوغ من الذهب بالذهب متفاضلا اذ لاضرورة في ذلك فراعى فيه قوله انتهى ماأردت نقله من كلامه فقد ظهر بذلك تحريم مذهب مالك ووجه الاشتباه فى النقل عنه ولافرق بين معنى مانقل عنه ومعنى ماقاله إلا للضرورة وقد ذكر أصحابنا لما نقلوا عنه حجتهم فى ذلك وجوابها فنذكرها ليستفاد ويحصل بها الجواب عن مذهب معاوية وعما ذهبوا اليه فى حالة الضرورة فنقلوا من احتجاج من نص قولهم إنه لو اتلف على رجل حليا وزنه مائة وصياغته تساوى عشرا فانه يجب عليه مائة وعشرة ولا يكون ذلك ربا فكذلك اذا اشتراه وقد ذكر أصحابنا الجواب عن ذلك وأبسطهم جواب القاضى أبو الطيب قال الجواب عن احتجاجهم بقياس البيع على الاتلاف أن أصحابنا قالوا

الثانية) امساك الخمر المحترمه الى أن تصير خلا جائز والتى لاتحترم تجب اراقتها لكن لولم يرقها حتى تخللت فهى طاهرة أيضا لان النجاسة والتحريم انما ثبتا للشدة وقد زالت هذا مابه الفتوى وحكى الامام رضى الله عنه عن بعض الخلافيين انه لايجوز امساك الخمرة المحترمة بل يعرض عن العصير الى أن يصير خلا فان أتفقت منا اطلاعه وهو خمر ارقناه وذكر الحناطي وجها انه لو أمسك التى لاتحترم حتى تخللت لم تحل ولم تطهر لان امساكها حرام فلا يستفاد به نعمة ومتى عادت الطهارة بالتخلل فتطهر اجزاء الظرف أيضا للضرورة وفى البيان أن الداركى قال ان كان الظرف بحيث لايتشرب شيئاً من الخمر كالقوارير طهر ان كان ممايتشرب لم يطهر والمذهب الاول وكما يطهر مايلاقى الخل بعد التخليل

اذا أتلف على رجل ذهبا مصوغا فان كان نقد البلد من غير جنس المتلف مثل أن يكون نقدالبلد فضة والمتلف ذهبا فانه يقوم بنقد البلد ولا يكون ربا وان كان نقد البلد من جنس المتلف مثل أن يكون جميعاً ذهبا أو يكون فضة فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال يقوم بغير جنسه وان لم يكن من نقدالبلد فعلى هذا لايصح ماقالوه ومن أصحابنا من قال يقوم بنقد البلدوان كان من جنس المتلف بالغا مابلغت قيمته وان زادت على وزنه فعلى هذا يكون الفرق بين ضمان الأتلاف وضمان البيع من ثلاثة اوجه (أحدها) انه اذا بذل فى مقابلة الذهب المصوغ أكثر من وزنه كانت الزيادة فى مقابلة الصياغة والصياغة إنما هى تأليف بعض الذهب الى بعض والتأليف لايأخذ قسطا من الثمن ألا ترى أنه لو باع دارا مبنية بثمن معلوم ثم انهدمت قبل تسليمها الى المشترى فان العقد لاينفسخ ويقال للمشترى إما أن تأخذها بجميع الثمن أو تفسخ العقد وليس لك أن تسقط من الثمن جزءاً لاجل زوال تأليف الدار فلم يصح قول مالك إن زيادة الثمن تكون فى مقابلة الصياغة (والثانى) أنه لايمتنع أن يجرى التفاضل فى قيمة المتلف ولايجرى فى البيع ألا ترى أنه لو أراد أن يبيع درهما صحيحا بأكثر من درهم مكسر لم يجز ولو أتلف على رجل درهما صحيحا ولم يوجد له مثل فانه يقوم بالمكسر وان بلغت قيمته أكثر من درهم ولايكون ربا فدل على الفرق بين البيع والاتلاف (والثالث) أن الاتلاف قد يضمن به مالا يضمن بالبيع ألا ترى أن من أتلف حرا أو أم ولد لزمه قيمتها ولو باعها لم تصح ولم تجب عليه قيمتها فدل على الفرق بالضمانين وبطل اعتبار أحدهما بالآخر هذا كلام القاضي نقلته بلفظه لحسنه والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ على تحريم التفاضل أيضا نقلت المالكية عن مالك أنه أجاز مبادلة الدنانير أو الدراهم الناقصة بالوازنة على وجه معروف يدا بيد كرجل دفع الى أخ له ذهبا أو ورقا ناقصا أو طعاما مأكولا فقال له أحسن الى أبدل هذا بأجود منه وأنفقه فيما ينفق قال الابهري قال ذلك لأنه على وجه المعروف

يطهر مافوقه الذي أصابته الخمر فى حالة الغليان ذكره القاضى الحسين وأبو الربيع الايلاقى (الثالثة) لو كان ينقلها من الظل الى الشمس أو يفتح رأسها ليصيبها الهواء استعجالا للحموضة فوجهان (أحدهما) لا تطهر كما لو طرح فيها شيئاً وبهذا قال أبو سهل الصعلوكى (وأصحهما) أنه يطهر لزوال الشدة من غير نجاسة تخلفها وهذا في غير المحترمة وفى المحترمة أولى بالجواز * واعلم أنه ليس في لفظ الكتاب تعرض لانقسام الخمر الى محترمة وغيرها (وقوله) التخليل بالقاء الملح فيه حرام يمكن اجراؤه فيه على اطلاقه على ما بيناه لان الامساك حرام فى غير المحترمة والاراقة واجبة والكلام فى انه لو اتفق الامساك وتخللت هل تطهر هذا هو المشهور والذي فى طريق الصيدلانى من تجويز الامساك على قصد أن لا يصير

فجاز كما يجوز أن يقضى فى القرض خيرا ممـا أخذه قال ابن رشد ومعنى ذلك فى الذهب والورق بأقل منه الدينارين والثلاثة الى الستة على مافى المدونة وان كان سحنون قد أصلح الستة وردها ثلاثة قال ابن رشد وقوله بأجود منه يدل على جواز بدلها بأوزن وأجود خلاف قول مالك في المدونة مثل قول ابن القـاسم فيها ثم قال ومنع ذلك أشهب كالدنانير الـكثيرة النقص بالوازنة فلم يجز المغفون بالصحيح ولا الكثير الغش بالخيف الغش وأجاز ذلك سحنون فى المغفون وقال أنه لايشبه الدنانير لان بين الدنانير الـكثيرة النقص بالوازنة تفاضلا بالوزن ولاتفاضل فى الـكيل بين المغفون والصحيح وأصحابنا لايجيزون شيئا من ذلك ولا يغتفرون من التفاضل شيئا قال الشافعى رحمه الله تعالى فى كتاب الصرف فى الام ولاخير فى أن يأخذ منه شيئا بأقل منه وزنا على وجه البيع معروفا كان أو غير معروف والمعروف ليس يحل بيعا ولايحرمه فان كان وهب له ديناراً وأثابه الآخر دينارا أوزن منه أو أنقص فلا بأس فانه أسلفه ثم اقتضى منه أقل فلا بأس لأنه متطوع له بهبة الفضـل وكذلك ان تطوع له القاضى بأكثر من وزن ذهبه فلا بأس فى هذا * ليس من معاني البيوع اه والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ نص عليه الشافعى والاصحاب له تعلق بالتماثل والتفاضل * اذ قال رجل لصائغ صغ لى خاتما من فضة لاعطيك درهم فضة وأجرة صياغتك ففعل الصائغ ذلك قال القاضى أبو الطيب ونصر المقدسى وغيرهما لم يصح ذلك وكان الحاكم على ملك الصائغ لانه شراء فضة مجهولة بفضة مجهولة وتفرقا قبل التقابض وشرط العمل فى الشراء وذلك كله يفسد العقد فاذا أصاغه فان أراد أن يشتريه اشتراه بغير جنسه كيف شاء وبجنسه بمثل وزنه وقال الشافعى فى كتاب الصرف من الام ولاخير فى أن يأتى الرجل بالفص الى الصائغ فيقول له اعمله لى خاتما حتى أعطيك ذلك وأعطيك أجرتك وقاله مالك انتهي كلام الشافعى وقالت الحنبلية للصائغ أخذ الدراهم أحدهما فى مقابلة الخاتم والثانى أجرة له فيما اذا قال صغ لى خاتما وزنه درهم وأعطيك مثل زنته وأجرتك درهما والله أعلم * فان أراد أن للصائغ أخذ الدرهمين بحكم العقد الاول فهو فاسد لمـا قاله القاضى أبو الطيب من عدم القبض

خلا وعدم وجوب الاراقة فهو مما يستغرب فاذا هو مخصوص بالمحترمة لـكنه غير مستحسن من جهة النظم لانه علي خلاف ماقبله وما بعده وليس فى اللفظ مايدل عليه *

﴿ فرع ﴾ عن الشيخ أبي علي ذكر تردد فى بيع الخمرة المحترمة بناء على التردد فى طهارتها وقد حكيناه فى باب النجاسات والعناقيد اذا استحالت أجواف حباتها خمراً فمن القاضي وغيره ذكر وجهين فى جواز بيعها اعتماداً على طهارة ظاهرها فى الحال وتوقع فائدتها فى المآل وطردوهما فى البيضة المستحيل باطنها دماً والمذهب المنع *

والشرط وان أرادوا بحكم عقد جديد يورده على الخاتم المصوغ بعد صياغته فهذا عين ماتقدم في المنسوب الى مالك فلااتجاه لهذا الفرع إلا عليه والله أعلم * قال في الذخائر وكذا لوقال بعني درهما بدرهم وصفه وأجرتك كذا وتفرقا على ذلك لم يجز أيضا لما فيه من التفرق قبل القبض وشرط العمل والله أعلم وفي معني هذا الفرع وان لم يكن من باب الربا *

﴿ فرع ﴾ لو نسج الحائك من ثوب بعضه وهو فقال له بعني هذا الثوب بكذا وكذا علي أنك تتمه لم يجز نقله المحاملي وغيره عن نصه في الصرف قال لأنه ليس بمعين ولا موصوف في الذمة

﴿ فرع ﴾ ومن كان معه قطوع مكسره من الذهب أو الفضة أو نقره فاراد أن يبيعها بجنسها صحاحا أو كان معه صحاح فاراد أن يبيعها بجنسها قطوعا فاما أن يتراضيا على المساواة بينهما في الوزن وإما أن يبيع أحد النقدين بعرضين ويتقابضا ثم يشتري بالعرضين من النقد الآخر فاما مع الزيادة أو النقص فهو الربا كذلك قال نصر في تهذيبه وهو مما لاخلاف فيه قال نصر وهكذا الدينار الرومي بالعربي والخرساني بالمغربي والدراهم الرومية مع العربية والخراسانية مع المغربية وكذلك في الصقلي مع المصري وسائر مايكون من ذلك *

الباب الثالث في حكم المرهون بعد القبض

قال ﴿ وهو وثيقة لدين المرتهن في عين الرهن تمنع الراهن من كل ما يقدح فيه والنظر في أطراف ثلاثة (الاول) جانب الراهن * وهو ممنوع عن كل تصرف قولي يزيل الملك كالبيع والهبة * أو يزاحم حقه كالرهن من غيره * أو ينقص كالتزويج * أو يقلل الرغبة كالاجارة التي لاتنقضي مدتها قبل حلول الدين ﴾ *

صدر الباب يشير الى مقدمة مرشده الى ضبط الاطراف التي يتضمنها والى جهة انقضاء الدين لها وهي أن الرهن وثيقة لدين المرتهن في غير الرهن أو بدله وانما يحصل الوثيقة بالحجر عن الراهن وقطع سلطنة كانت له ليتحرك للأداء وسيجد دسلطة المرتهن لم يكن ليتوسل بها الى الاستيفاء ثم هذه الوثيقة ليست دائمة بل لها غاية ينتهي عندها وكلام الباب فيما ينقطع من سلطنة الراهن وفيما يحدث من سلطنة المرتهن وفي غاية الرهن فهي ثلاثة أطراف والذي يشتمل عليه الفصل من الطرف الاول ان الراهن يمنع من كل تصرف يزيل الملك وتنقل لمال الغير كالبيع والهبة ونحوهما لأنا لو صححناها لفاتت الوثيقة ومنع مما يزاحم المرتهن في مقصود الرهن وهو الرهن من غيره ومن كل تعرف ينقص المرهون وتعلل الرغبة فيه كالتزويج فان الرغبة في الجارية الحلية فوق الرغبة في المزوجة وعند أبي

﴿ فرع ﴾ وهكذا فى المطعوم بلا خلاف قال نصر فى التهذيب اذا باع صاع حنطة جيدة لها ريع وافر بصاع حنطة رديئة ليس لها ريع وافر جاز ولاتجوز الزيادة فيه لأجل الريع وكذلك فى سائر الحبوب وهكذا اذا باع صاع صيحانى أو معقلى بصاع دقل أو صاع جمع جاز وان كان أحدهما أجود من الآخر وكذلك فى سائر أجناس المطعومات لأن المساواة المأمور بها قد وجدت فلا يجوز خلافهما لأمر آخر كما لو باع دينارا صرفه خمسون درهما بدينار صرفه أربعون درهما فانه يصح لما ذكرنا انتهى والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ علي تحريم التفاضل لايجوز بيع العلس بالحنطة لعدم التماثل بينهماوكذلك الشعير بالسلت لأن على العلس قشرتين *

﴿ فرع ﴾ من فروع اشتراط التقابض فى المجلس قال الشافعى رحمه الله فى كتاب الصرف من (١) اذا اشترى دينارا بدينار وتقابضا ومضى كل واحد منهما يستعير الدينار الذى قبضه بالوزن جاز قال صاحب البيان وهذا يقتضى أن يكون كل واحد منهما قد عرف وزن الدينار وصدقه الآخر وتقابضا علي ذلك فاما اذا جهل وزن الدينار لم يجز البيع فان وزن أحدهما الدينار الذى أخذه فنقص يبطل الصرف لأنه وقع العقد على عوضين متفاضلين *

﴿ فرع ﴾ من فروع التقابض اذا باع دينارا بعشرين فى ذمته فأحاله المشتري على انسان بالعشرين وتفرقا لم تقم الحوالة مقام القبض وبطل الصرف بتفرقهما قاله نصر فى التهذيب *

﴿فرع﴾ على التقابض ايضاقد عرف فيما تقدم أن التقابض شرطه أن يكون فى المجلس ولايشترط عندنا أن يكون زمن العقد قصيراً بل سواء طال المجلس أم قصر للاثر المروى عن عمر رضى الله عنه فى مصارفة طلحة ووافقنا على ذلك الحنفية والحنبلية ولم يسمح مالك رحمه الله بالا كتفاء بالتقابض فى المجلس اذا طال والله أعلم *

(١) بياض بالاصل فحرر

حنيفة يجوز التزويج (واما) الاجارة فينظر فان كان الدين حالا أو كان مؤجلا لىكنه يحل قبل انقضاء مدة الاجارة فعن بعض الأصحاب فيما رواه ابن القطان بناء صحة الاجارة على القولين فى جواز بيع المستأجر ان جوزناه صحت الاجارة والا فالمشهور بطلانها قطعاً (أما) اذا لم نجوز بيع المستأجر فظاهر (وأما) اذا جوزناه فلان الاجارة تبقى وان صح البيع وذلك مما يقلل الرغبة ثم القائلون بالمنع لم يفصل الجمهور منهم وقال في التتمة يبطل في الأجل وفى الزائد على الاجل قولا تفريق الصفقة * وان كان الأجل يحل مع انقضاء مدة الاجارة أو بعدها صحت الاجارة ثم لو أتفق حلول الدين قبل انقضائها بموت الراهن فوجهان (أحدهما) أن تنفسخ الاجارة رعاية لحق المرتهن فانه أسبق ويضارب المستأجر

﴿ فرع ﴾ على تحريم النسا فى الجنس الواحد والجنسين المتفقى العلة لافرق فى ذلك بين قليل الأجل وكثيره وليس الحلول ملازما للتقابض فقد يؤجل بساعة ويحصل القبض فى المجلس ومع ذلك هو فاسد لعدم الحلول وهذا لا خلاف فيه وممن صرح به فى اليوم والساعة ونحوهما الغزالى ومحمد ابن يحيي وقد تكرر فى كلام صاحب الذخائر أن المعني بالنسيئة تأخر القبض وأنكر أن يكون المقصود به الحلول وليس بصحيح والعقود المشتملة على عوض مالى ثابت فى الذمة بالنسيئة إلى الحلول وعدمه على أقسام (منها) مايشترط فيه الحلول بالاجماع وهو عقود الربا (ومنها) مايشترط فيه الأجل وهو الكتابة (ومنها) مايجوز حالا ومؤجلا وهو أكثر العقود (ومنها) مايجوز مؤجلا بالاجماع وفي جوازه حالا خلاف بين العلماء ٭

﴿ فرع ﴾ من فروع اشتراط الحلول فى الربويات إذا بيع منها الشيء بجنسه امتناع السلم فيها كذلك ولذلك قال الغزالى فى الوسيط لما تكلم فى التماثل فى الحلول قال ونعني به معنى الأجل والسلم يعني ان كل عوضين مجتمعين فى علة تحريم التفاضل فلا يجوز إسلام أحدهما في الآخر كالحنطة مع الشعير والدراهم مع الدنانير وهذا هو المشهور المنصوص أما المؤجل فظاهر وأما الحال فلأن الغالب على جنس السلم الأجل والغالب على الأجل أنه يتأخر عن المجلس فلما اشترط التقابض كان ظاهراً فى اخراج مايتأخر فيه التقابض غالباً والله أعلم ٭ وكذلك لايجوز اسلام أحدهما فيما هو من جنسه بطريق أولى قال الشافعى رحمه الله تعالي فى الأم ولا يسلم مأكولا ومشروبا فى مأكول ومشروب وقال أيضاً ولايجوز أن يسلم ذهب فى ذهب ولا فضة فى فضة ولا ذهب فى فضة ولا فضة فى ذهب

بالاجرة المدفوعة مع الغرماء (والثانى) وهو اختيار أبي الحسن أن المرتهن يصبر الى انقضاء مدة الاجارة كما يصبر الغرماء الى انقضاء العدة لتستوفى المعتدة حق السكني جمعاً بين الحقين وعلى هذا يضارب المرتهن بدينه مع الغرماء في الحال ٭ ثم اذا نقضت المدة وبيع المرهون قضى باقى دينه فان فضل شيء فهو للغرماء ٭ هذا كله فيما اذا أجر المرهون من غير المرتهن (أما) إذا أجره منه فيجوز ولا يبطل به الرهن وكذا لو كان مكري منه ثم رهنه منه يجوز فلو كانت الاجارة قبل تسليم الرهن ثم سلمه عنهما جميعاً جاز ولو سلم عن الرهن وقع عنهما جميعاً لأن القبض فى الاجارة مستحق كذا قاله فى التهذيب ولو سلمه عن الاجارة لم يحصل قبض الرهن وعند أبي حنيفة الرهن والاجارة لا يجتمعان والمتأخر منهما يرفع المتقدم ويبطله ٭ لنا أن الاعارة من المرتهن لاتبطل الرهن فكذا الاجارة (وقوله) فى الكتاب كل تصرف قولى أفهم بالقول ان مايمتنع منه الرهن من التصرفات بعضها قولى وبعضها ليس بقولى فانه قدم التصرفات القولية ثم تعرض لغيرها كالوطء ويجوز اعلام قوله كالاجارة

وبه جزم الماوردى وابن الصباغ والمصنف فى هذا الباب وغيرهم ولم يفصلوا بين أن يكون مؤجلا أو حالا والقاضى أبو الطيب أنه حكاه عن الأصحاب ثم قال (قلت) انا ان أسلم ذلك مطلقاً كان حالا فان تقابضا فى المجلس جاز عندى واقتضى كلام الغزالى فى البسيط ترجيح هـذا وجعله بيعاً بلفظ السلم على أن كلام الغزالى فى الوسيط الذى حكيته استشكله جماعة وتكلموا عليه وحمله بعضهم على السلم المؤجل وجعل عطفه على الأجل من عطف الخاص على العام و بعضهم اعترف بان المراد ألا يعقد بصيغة السلم وهذا هو الحق (وأما) إسلام النقدين فى المطعومات فصحيح إذ لم يجتمعا فى علة واحدة قال محمد بن يحيي (فان قيل) ينبغى ألا يصح لأن الحديث أخذ علينا شرطين الحلول والتقابض عند اختلاف الجنس (قلنا) ظاهر هذا الكلام يقتضى هذا تنزيلا على اختلاف الجنسين فى هذه السنة المذكورة غير أن الأمة اجمعت على أن السنة المذكورة فى الحديث جملتان متفاضلتان النقدان والأشياء الأربعة تنفرد كل جملة بعلتها والمراد بالحديث اختلاف الجنسين من جملة واحدة كالذهب بالفضة والحنطة بالشعير وحاصله تخصيص عام أو تقييد مطلق بالاجماع وهذا الاجماع الذى قاله محمد بن يحيى و الذى قاله المصنف فى آخر هذا الفصل وسأذكر من نقله غيرهما إن شاء الله تعالى ﴿ قاعدة ﴾ لعلك تقول قد تقرر ان العلة فى الربويات الأربعة عند الشافعى الطعم وذلك مشترك فى الجنس والجنسين فما السبب فى اختلاف الحكم حيث كان المحرم عند اتحاد الجنس ثلاثة أشياء وعند اختلاف الجنس شيئين فقط (فاعلم) بان الوصف المحكوم بكونه علة تارة لايعتبر معه أمر آخر أصلا فهذا متى ثبت ثبت الحكم وتارة يعتبر معه أمر آخر إما شرط فى تأثره وأما محل يؤثر فيه دون محل آخر وهذا إذا وجد فى محله أو مع شرطه أثر واذا وجد بغير شرطه

التى لاتنقضى مدتها قبل حلول الدين ـ بالواو ـ للطريقة التى قدمناها وفى هذه اللفظة شىء فان الاجارة التى لاتنقضى مدتها قبل حلول الدين تارة تنقضى مدتها بعد حلول الدين وتارة معه والثانية صحيحة فكان الأولى أن يقول كالاجارة التى لاتنقضى مدتها بعد حلول الدين واعلم أن ماقدمناه من منع الراهن من البيع ونحوه من التصرفات والحكم بابطالها هو المذهب الجديد وعلى القديم الذي يجوز وقف العقود تكون هذه التصرفات موقوفة على الانفكاك وعدمه ومال الامام إلى شىء آخر وهو يخرجها على الخلاف فى بيع المفلس ماله وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى *

قال ﴿ وفى الاعتاق (ح) ثلاثة أقوال يفرق فى الثالث بين الموسر والمعسر * فان نفذنا غرمناه وان لم ينفذ فالأقيس أن لايعود العتق ان اتفق فكاك الرهن * وحكم التعليق مع الصفة فى دوام الرهن حكم الانشاء * فان وجدت الصفة بعد فكاك الرهن نفذ على الأصح ﴾ *

أو فى غير محله لايؤثر ذلك الحكم الخاص وقد يوثر فى حكم من جنس ذلك الحكم مثاله الزنا علة للرجم فى المحصن فاذا فقد الاحصان لايؤثر الرجم ولكنه يؤثر فى حكم من جنسه وهو الجلد فالطعم علة فى تحريم الثلاثة التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض إذا كان فى جنس واحد اما إذا كان فى جنسين فيؤثر فى النساء والتفرق فقط فمطلق الطعم علة لتحريم هذين الشيئين من غير شرط وعلة لتحريم التفاضل بشرط كونه فى جنس واحد فعليته مشتركة بين الثلاثه لكن فى واحد منها بشرط وفى اثنين بغير شرط وعند هذا اذكر تقسيما فى مطلق العقود وهي تنقسم إلى أربعة أقسام لأنه إما أن يحصل فى العوضين اشتراك فى علة الربا والجنسية أولا يحصل واحد منهما أو يحصل الاشتراك فى العلة فقط أو فى الجنسية فقط (فالقسم الأول) يحرم فيه النساء إجماعا والتفاضل والتفرق قبل القبض (والثانى) يجوز فيه التفاضل والنساء والبدل قبل التقابض سواء كانا من أموال الربا كالذهب والحنطة أم لا كاسلام عبد فى ثوبين وفى ثوب واحد (والثالث) تحريم النساء والتفرق ولا يحرم التفاضل كالذهب بالفضة والملح بالحنطة (والرابع) يجوز التفاضل فيه نقداً كبيع عبد بعبدين ولا خلاف عندنا فى جوازه نساء ولبقية العلماء اختلاف فيه كما إذا أسلم ثوبا فى ثوبين فالقسم الرابع وأحد نوعى القسم الثانى ذكرهما المصنف فى الفصل الذى قبل هذا الفصل * إذا عرفت ذلك فاعتبار الجنسية فى القسم الأول هل نقول الجنسية شرط العمل العلة فالجنسية وحدها لاأثر لها عندنا أو وصف من أوصافها فتكون مركبة أو مجمل فيه العلة فالذى يوجد فى كلام المتقدمين من أصحابنا كالشيخ أبي حامد وغيره انه وصف وان العلة مركبة وتبعه على ذلك جماعة من العراقيين منهم المصنف وهو الذى يقتضيه كلام الكفاية فى تخريج أبي بكر الصيدلانى من طريقة ناصر

الفصل يتضمن مسألتين (مسألة) فى اعتاق الراهن العبد المرهون منجزاً (ومسألة) فى تعليق اعتاقه (أما) الأولى فالمنقول عن القديم ومختصر المزنى الجزم بأنه لاينفذ ان كان الراهن معسراً وقولان ان كان موسراً وعن الجديد الجزم بنفوذه ان كان موسراً وان كان معسراً فقولان فاذا ضرب البعض بالبعض خرجت ثلاثة أقوال (أحدها) انه لاينفذ بحال لأن الرهن عقد لازم حجر به الراهن على نفسه فلا يتمكن من ابطاله مع بقاء الدين (والثاني) ينفذ لأنه اعتاق صادف الملك فأشبه اعتاق المستأجر والزوجة وبه قال أبو حنيفة وأحمد الا أن أبا حنيفة يقول يستبقى العبد فى قيمته ان كان الراهن معسراً (والثالث) وهو الأصح وبه قال مالك انه ان كان موسراً نفذ والا فلا تشبيها لسريان العتق الى حق المرتهن بسريانه من نصيب أحد الشريكين الى الآخر والمعني فيه ان حق الوثيقة لا تعطل ولا يتأخر اذا كان موسراً *

العمري وزعم القاضي عبد الوهاب المالكي اتفاق أصحابهم ممن صنف الخلاف وأصحابنا وأصحاب أبي حنيفة على مر الاعصار إلى وقته أن الجنس أحد وصفي علة الربا قال وخالف قوم من أهل هذا العصر من أهل المذهبين جميعاً فى ذلك يعني الحنفية والشافعية فمن أصحاب الشافعى من قال العلة هى الطعم بمجرده ولكن الجنس من شرطه فكان يقول العلة الطعم فى الجنس سمعت القاضي أبي القاسم بن كج الشافعى بالدينو يقول هذا ويذهب اليه ثم قال ليس عن مالك رحمه الله ولا عمن عاصره من أصحابه فى ذلك شئ يتحررولم يدققوا فى النظر ولا تعلقوا فيه إلى هذا التضييق والتحقيق ثم اختار عبد الوهاب أن الجنس شرط كما نقله عن الشافعى والحنفية وذكر عن ابن أبي زيد مايدل على ذلك وأما المراوزة من أصحابنا فاطبقوا على أن الجنسية ليست بوصف وأطنب الغزالي وغيره فى تحقيق ذلك وفرعوا عليه أن الجنسية لا أثر لها لان المحل لا أثر له والحنفية جعلوا الجنسية وصفاً فى العلة ففرعوا عليه أن الجنسية وحدها تحرم النساء فلا يجوز اسلام ثوب فى ثوبين ومعني المحل مايعين لعمل العلة ولا يؤثر فى الحكم ثم اختلفت المراوزة هل هى محل أو شرط فاختار إمام الحرمين والغزالى وتلميذه ابن يحيي أنها محل واختار الشريف المراغى والفقيه القطب انها شرط قال الرافعي وليس تحت هذا الاختلاف كبير طائل ومنع أنه إذا كان وصفاً يلزم إفادته والله أعلم * والغزالى قد تعرض لهذا المنع ايضاً فى التحصين ﴿ قاعدة ﴾ العقود بالنسبة إلى التقابض على أربعة أقسام (منها) مايجب فيه التقابض قبل التفرق بالاجماع وهو الصرف (ومنها) مالا يجب بالاجماع كبيع المطعومات وغيرها من العروض بالنقدين الذهب والفضة (ومنها) مايشترط عندنا وعند مالك وأحمد خلافا لأبي حنيفة وهو بيع الطعام بالطعام (ومنها) مايشترط عندنا وعند أبي حنيفة خلافا لمالك ولا يشترط عنده فيه قبض رأس المال فى المجلس والله أعلم *

﴿التفريع﴾ انقلنا لاينفذ فالرهن بحاله فلو انفك بابراء أو غيره فقولان أو وجهان (أظهرهما) انه لايحكم بنفوذه أيضاً لأنه لايملك اعتاقه فأشبه ما اذا أعتق المحجور عليه بالسفه ثم زال الحجر (والثانى) يحكم بنفوذه لأن المانع من النفوذ فى الحال حق المرتهن وقد زال وقطع قاطعون بالثاني والخلاف فيه كالخلاف فيما اذا أعتق المحجور عليه بالفلس عبداً ثم انفك الحجر عنه ولم يتفق بيع ذلك العبد هل يعتق وان بيع فى الدين ثم ملكه يوماً لم يحكم بالعتق ومنهم من طرد فيه الخلاف المذكور فى الصورة الأولى وعن مالك أنه يحكم بنفوذ العتق فى الصورتين وان قلنا ينفذ العتق مطلقا وعلى الراهن قيمته باعتبار يوم الاعتاق ثم ان كان موسراً أخذت منه فى الحال وجعلت رهناً مكانه وان كان معسراً انظر الى اليسار فاذا أيسر أخذت منه وجعلت رهناً انلم يحل الحق بعد وان حل

﴿ فصل ﴾ فى التنبيه على مايحتاج اليه من الفاظ الحديث الذى ذكره المصنف «الذهب» يذكر و يؤنث وجمعه اذهاب والورق بالفضة وفيه أربع لغات ـ فتح الواو مع كسر الراء واسكانها وكسر الواو مع اسكان الراء ـ وهذه الثلاث مشهورة والرابعة ـ فتح الواو والراء معا ـ حكاها الصاغانى فى كتاب الشوارد فى اللغات قال وقرأ أبو عبيد (أحدكم بورقكم) ونقلت ذلك من خط شيخنا الحافظ أبى محمد الدمياطى وضبطه (وقوله) صلى الله عليه وسلم «مثلا بمثل» أكثر الروايات هكذا بالنصب وهو على الحال ففى الحديث المصدر بالنهى التقدير لاتبيعوا الأشياء المذكورة في حالة من الأحوال إلا فى حالة المماثلة وفى الحديث الآخر التقدير الذهب مبيع بالذهب فى حالة المماثلة ورأيت فى كلام جماعة من الفقهاء أنه روى فى هذا الحديث مثل بمثل بالرفع فيكون مثل بمثل مبتدأ وخبر وهى جملة مبنية للجملة الأولى وهى قوله الذهب بالذهب واخواتها والتقدير مثل منه بمثل وحذفت منه ههنا كما حذفت منوان منه بدرهم والمثل فى اللغة النظير قاله ابن فارس قوله «سواء بسواء» قال الازهرى مستويا بمستو لافضل لأحدهما على الآخر قال الله تعالى (ليسوا سواء) أي مستويين وكذلك قوله (سواء للسائلين) أى مستويا وهذا مصدر وضع موضع الفاعل فاستوى الجمع والواحد والمذكر والمؤنث فيه ويكون السواء بمعنى العدل والنصفة بمعني الوسط قوله «عيناً بعين» منصوب على الحال يريد مرئيا بمرئى لاغائباً بغائب ولاغائباً بحاضر فيجوز ان يراد بالعين عين المرئى لأنها سبب الرؤية قال الازهرى أى حاضرا بحاضر وهو فى معني الاول وقد يؤخذ من الكلمتين

طولب به ولا معنى للرهن هكذا قاله أصحابنا العراقيون ولك أن تقول كما أن ابتداء الرهن قد يكون بالحال وقد يكون بالمؤجل فكذلك قد تقتضى المصلحة أخذ القيمة رهناً وان حل الحق الى أن يتيسر استيفاؤه و بتقدير صحة التفصيل الذى ذكروه وجب أن يجرى مثله فى القيمة التي تؤخذ من الموسر ثم قال الامام ومهما بذل القيمة على قصد المغرم صارت رهناً ولا حاجة الى عقد مستأنف والإعيان مقصد المؤدى ومتى كان المعتق موسراً أو التفريع على القول الثانى أو الثالث ففى وقت نفوذ العتق طريقان (أحدها) وهو الذى أورده القاضى ابن كج أنه على الأقوال فى وقت نفوذ العتق فى نصيب الشريك اذا أعتق الشريك نصيبه ففى قول يتعجل وفى قول يتأخر الى أن يغرم القيمة وفى قول يتوقف فاذا غرم أنفذنا العتق يقنا (وأظهرهما) القطع بنفوذه فى الحال والفرق أن العتق ثم يسرى الى ملك الغير ولابد من تقدير انتقاله الى المعتق فجاز أن يقول انما ينتقل إذا استقر ملك الشريك و بدله على العوض واعتاق الراهن يصادف ملكه * (وأما المسألة الثانية) فينظر ان علق عتق المرهون بفكاك الرهن نفذ عند الفكاك لان مجرد التعليق لايضر بالمرتهن وحين ينزل

كلمة واحدة منصو بة على الحال أى معاينة كما فى مثل قولهم كلمته فاه الى فى أى مشافهة والعين فى اللغة تطلق على معان حاسة البصر والعين والمعاينة والنظر والعين الذى ينظر للقوى وهو الربية والعين الذى تبقيه ليتجسس لك الخبر والعين ينبوع الماء وعين الركية مصب مائها والعين من السحاب ماء عن يمين قبلة العراق وقد يقال العين ماء عن يمين قبلة العراق الى النـاحية والعين مطر أيام لايقلع وقيـل هو المطر يدوم خمسة أيام أو ستة والعين الناحية كذا أطلقه ابن سيده وعين الركية نقرة فى مقدمها وعين الشمس شعاعها الذى لاتثبت عليه العين قاله ابن سيده والعين المال العبيد الحاضر ومن كلامهم عين غير دبر والعين الدينار والعين الذهب عامة قال سيبويه وقالوا عليـه مائة عينا والرفع الوجه والعين فى الميزان الميل وجئتك بالحق من عين صافية أى من فضـة وجاء بالحق بعينه أى خالصاً واضحاً وعين المتـاع خياره وعين الشئ نفسه وشخصه وأصله والعين والعينة السلف وقال ابن فارس العين الثقب فى المزادة والعين المال الناض قاله ابن فارس وقال الخطابى المضروب من الدراهم والدنانير والعين الاصابة بالعين والعين عين الشمس فى السماء قالها الازهرى فهذه نيف وعشرون للعين مجموعة من كلام الازهرى وابن سيده وابن فارس والهروى وأكثرها فى كلام ابن سيده وقوله «يداً بيد» إعرابه كما تقدم أى مقابضة وهو منصوب على الحال مثل كلمته فاه الى فى أى مشافهة عن سيبويه * قال واعلم أن هذه الاسماء التى فى هذا الباب لايفرد منها شىء دون شىء فلا تقل بعته يداً حتى تقول بيد وكذلك الثانى ومن العرب من يرفع هـذا النحو وقد تقدم الـكلام فى الجمع بينهما

العتق لايبقى له حق وان علق بصفة أخرى فان وجدت قبل فكاك الرهن ففيه الأقوال المذكورة في التنجيز وان وجدت بعده فوجهان (أصحهما) النفوذ لأنه لايبطل حق المرتهن (والثانى) لاينفذ أيضاً لا للتعليق مطلقاً كالتنجيز فى قول والوجهان مبنيان على الخلاف فيما اذا قال العبد لزوجته ان فعلت كذا فأنت طالق ثلاثا ثم عتق ثم فعلته هل تقع الطلقة الثالثة لـكن ذلك الخلاف جار وان علق بالعتق فقال ان عتقت فأنت طالق ثلاثا فلا خلاف فى تعليق العتق بالفكاك أنه ينفذ عند الفكاك قال الامام والفارق أن الطلقة الثالثة ليست مملوكة للعبد ومحل العتق مملوك للراهن وانمـا منع لحق المرتهن ولعلك لاتنقاد لهـذا الفرق وتقول العتق غير مملوك للراهن كما أن الطلقة الثالثة غير مملوكة للعبد ومحل الطلاق مملوك للعبد كما أن محل العتق مملوك للراهن فلا فرق والله أعلم *

﴿ فرعان ﴾ أحدهما لو رهن نصف عبده ثم أعتق نصفه نظر ان أضاف العتق الى النصف المرهون ففيه الخلاف وان أضافه الى النصف الآخر أو أطلق عتق ماليس بمرهون وهل يسرى الى

ومن جمع من الرواة بينه و بين قوله عيناً بعين ومن اقتصر على أحدهما ودعوى الحنفية ان الثانية مؤكدة للاولى ودعوى الشافعية أن كلا منهما بمعني فالعين لافادة الحلول واليد لافادة التقابض أى مقبوضاً بمقبوض و يعبر عنه بكلمة واحدة كما تقدم فنقول مناجزة قال الازهرى أى يعطى بيدو يأخذ بأخرى قال الفراء العرب تقول باع فلان غنمه باليدين يريد تسليمها بيد وأخذ ثمنها بيد قال و يقال أبيعت الغنم باليدين أى بثمنين مختلفين أخبرنى بذلك المنذر عن أبى طالب عن أبيه عن الفراء وقوله فى بعض الروايات «هاوها» معناه التقابض وقال الخطابى أصحاب الحديث يقولون «هاوها» مقصورين والصواب مدهما ونصب الالف منهما وجعل أصله هاك أى خذ فاسقطوا الكاف وعوضوا عنها المد يقال للواحد ها وللاثنين ها وأما بزيادة الميم للجماعة فهاؤم قال الله تعالى (هاؤم اقرؤا كتابيه) وهذا قول الليث بن المظفر وذكر أبو بكر ابن العربى هذا القول وقال ومن العرب من يقول هاك وهاكما وهاكم وجرى فى ذلك قول كثير لبابه عند أن ها تنبيه وحذف خذ واعط لدلالة الحال عليه والكاف للخطاب وأما هاؤما وهاؤم فقيل فيه معني أما وأموا أى اقصدوا و يعترض عليه أنه لم يستعمل فى الواحد إلا بالكاف فهى الأصل ولذلك أجرت بعض العرب الاثنين على الواحد فى لحوق الكاف والله أعلم * (وقوله) «من زاد أو ازداد فقد أربى» قال الأزهرى يقول من زاد صاحبه على ماأخذ وازداد لنفسه على مادفع فقد أربى أى دخل فى الربا المنهى عنه (وقوله) «الاصناف» سيأتى الكلام

المرهون ان جوزنا اعتاق المرهون فنعم والا فوجهان (أصحهما) انه يسرى أيضاً لان أقصى مافى الباب تنزيل المرهون منزلة ملك الغير والعتق يسرى الى ملك الغير وعلى هذا هل يفرق بين الموسر والمعسر قال فى النهاية قال المحققون نعم وفى التتمة انه يسرى سواء كان له مال آخر اولم يكن لأنه ملكه (الثانى) فى وقف المرهون طريقان (أحدهما) أنه كالعتق لما فيه من الغرر والتعليق الذى لا يقبل النقض (وأظهرهما) القطع بالمنع و يفارق العتق لقوة العتق بالسراية وغيرها وقال المتولى (ان قلنا) الوقف لا يحتاج الى القبول فهو كالعتق (وإن قلنا) يحتاج اليه فيقطع بالمنع وهذه طريقة ثالثة والله أعلم *

قال ﴿ و يمنع من الوطء خيفة الاحبال المنقص * والاحوط (و) حسم الباب وان كانت صغيرة (و) أو آيسة (و) * فان فعل فالولد نسيب * والاستيلاد مرتب (و) على العتق وأولى بالنفوذ لانه فعل * وقيل بنقيضه لان العتق منجز * ثم إذا انفك فالاصح عود الاستيلاد ﴾ *

عرفت من قبل أن المذهب الصحيح جواز رهن الجوارى على الاطلاق وعلى هذا فلو كانت الجارية المرهونة بكراً فليس للراهن وطؤها بحال لان الافتضاض ينقص قيمتها وان كانت ثيباً

على

على تحقيقه عند الكلام فى الأجناس إن شاء الله تعالى (وقوله)« كيف شئتم » كيف ههنا اسم شرط أى كيف شئتم فبيعوا فالجواب محذوف يدل عليه قوله فبيعوا المتقدم ولا يصح أن يكون كيف ههنا للاستفهام كما هو أغلب أحوالها وكونها تأتى اسم شرط قد ذكره النحاة قال ابن مالك * وجو بك بكيف معني لاعملا خلافا للكوفيين * يعنى أن الكوفيين يجعلونها اسم شرط معني وعملا ومن مجيء كيف شرطية قوله تعالى (ينفق كيف يشاء) أى كيف يشاء ينفق ومعناها فى ذلك عموم الأحوال وذكر أصحابنا فرعا فى كتاب الوكالة إذا قال لوكيله بعه كيف شئت فله البيع بالنسيئة ولا يجوز بالغبن و بغير نقد البلد وعن القاضى حسين تجويز الكل فيمكن اعتضاده بالحديث فى ادراج الزيادة والنقصان تحت الكيف لكن بين هذا المثال و بين ما جاء به الحديث فرق فان فى الحديث المبيع والثمن معاً كقوله « لاتبيعوا الذهب بالذهب فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا الصنف بصنف آخر كيف شئتم على أحدهما زيادة » فشمل أى فبيعوا فى الثمن وذلك مقابله المبيع بالكيفية الى أحوال ونقصانه عنه (وأما) المثال المذكور فى الوكالة فالكيفية راجعة الى نفس البيع فلا جرم شمل النقد والنسيئة ولم يشمل قلة الثمن وكثرته و بيان جنسه لعدم دخوله تحت مسمى البيع (وقوله) تعالى (ينفق كيف يشاء) وموقع كيف فى الحديث أن التماثل والتفاضل صفتان للمبيع يرجعان إلى أحوال مقابلته بغيره وذلك من الكيف لا من الكم فلذلك جاء الحديث بها والله أعلم * (وقوله) « إذا كان يداً بيد » قد تقدم الكلام عليه وذكره صلى الله عليه وسلم له ثانياً واهتمامه به يبعد أن يكون المراد به فى الأول التأكيد كما زعم بعضهم وانما اقتصر عليه دون قوله عيناً بعين لأن قوله يداً بيد يدل على التقابض صريحاً وعلى الحلول ظاهراً كما تقدم في كلام محمد بن يحيي ففى الأول أتى باللفظين ليدلا علي المعنيين صريحاً وفي الاخير اكتفى بما يدل عليهما فى الجملة والله أعلم * والضمير فى كان

فكذلك فى سن تحبل لأنها ربما حبلت فتفوت الوثيقة أو تتعرض للهلاك فى الطلق ولنقصان الولادة فليس له أن يقول أطأ وأعزل لأن الماء قد يسبق وان كانت في سن لاتحبل لصغر أو إياس فوجهان (قال) أبواسحق له أن يطأها كسائر الانتفاعات التى لاتضر بالمرتهن وهذا اختيار القاضى ابن كج وقال ابن أبى هريرة والاكثرون يمنع من وطئها احتياطا لحسم الباب اذ العلوق ليس له وقت معلوم وهذا كما أن العدة تجب على الصغيرة والآيسة وان كان القصد الاصلى استبراء الرحم ويجرى الوجهان فيما اذا كانت حاملا من الزنا لأنه لايخاف من وطئها الحبل نعم غشيان مثل هذه المرأة مكروه على الاطلاق فلو خالف ماذكرناه ووطىء فلا حد ولامهر ولكن عليه ارش البكارة اذا افتض أما أنه لاحد ولامهر فلأنه أصاب ملكه ويخالف مالو وطىء المكاتبة حيث يغرم المهر لها لأن المكاتبة قد استقلت

للبيع أي إذا كان البيع يداً بيد أي مناجزة فههنا لا يستقيم أن يكون حالا من المبيع وفى الأول يحتمل أن يكون حالا من المبيع كما تقدم ويحتمل أن يكون المراد لا تبيعوا إلا مناجزة فيكون نعتا لمصدر محذوف أي بيعا مناجزة والله أعلم * وقوله فى بعض الروايات تبرها وعينها قال الازهري التبر من الدراهم والدنانير ما كان غير مصوغ ولا مضروب وكذلك من النحاس وسائر الجواهر وما كان كساراً أو غير مصوغ ولا مضروب فلوساً وأصل التبر من قولك تبرت الشيء أى كسرته جداً وظاهر الحديث أنه يجوز التبر بالتبر وبالعين ويمكن حمل ذلك على الحاصل بعد التصفية وقبل الضرب وأما التبر المأخوذ من المعدن قبل التصفية فقد أخبرنى بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يخلو عن فضة ولا يوجد تبر ذهب خالصاً من فضة ولا ينفصل منه الا بالتصفية فاذا كان كذلك فيكون بيع التبر المذكور بمثله أو بخالص كبيع مد عجوة ودرهم فيمتنع عند الشافعى والله سبحانه وتعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله *

﴿ وان تبايعا دراهم بدنانير فى الذمة وتقابضا ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً نظرت فان لم يتفرقا جاز أن يرد ويطالب بالبدل لان المعقود عليه ما فى الذمة وقد قبض قبل التفرق وان تفرقا ففيه قولان (أحدهما) يجوز ابداله لان ما جاز ابداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه (والثانى) لا يجوز وهو قول المزنى لانه إذا أبدله صار القبض بعد التفرق وذلك لا يجوز *

﴿ الشرح ﴾ هذه المسألة فرع جواز الصرف فى الذمة وأنه لا يشترط التعيين فى العوضين ولا أحدهما إذا حصل التعيين فى المجلس فلنتكلم على هذه المسألة أولا ثم نرجع الى مسألة الكتاب فنقول ان عقد الصرف تارة يرد على معين وتارة يرد على الذمة والوارد على الذمة إما أن يرد على شيء يستحق بالعقد وإما على شيء كان ثابتا قبل العقد فيتحول به عما كان عليه فهذه ثلاثة أقسام (الاول)

واضطرب الملك فيها وزال ولهذا الوطء أجنبى كان المهر لها ولو وطىء المرهونة أجنبي كان المهر للسيد وأما وجوب أرش البكارة فلان لافتضاض إتلاف جزء ثم ان شاء جعله رهنا وان شاء صرفه الى أداء الدين واذا أولدها فالولد نسيب حر ولا قيمة عليه لأن المرتهن لا حق له فى ولد المرهونة بحال وهل تصير أم ولد له فيه الاقوال المذكورة فى الاعتاق ثم منهم من جعل الخلاف بالترتيب واختلفوا فى كيفيته فقال أبو اسحق والاكثرون الاستيلاد أولى بالنفوذ لأنه فعل والافعال أقوى وأشد نفوذا ولهذا ينفذ استيلاد المجنون والمحجور عليه ولا ينفذ إعتاقهما وينفذ استيلاد المريض من رأس المال واعتاقه من الثلث وقال آخرون الاستيلاد أولى بعدم النفوذ لأنه لا يفيد حقيقة العتق وانما يثبت به حق العتق وحق العتق دون حقيقة العتق المنجزة فكان العتق أولى بالنفوذ ومنهم من امتنع من الترتيب وسوى بينهما لتعارض المعنيين وبه قال الشيخ أبو حامد

المعين (والثانى) الموصوف أو ما فى معناه (والثالث) الدين ومن المعلوم أن الصفقة تشتمل على عوضين والحاصل من ضربهما فى الاقسام الثلاثة ستة ترتيبها أن يأخذ كل قسم مع نفسه ومع بعده وقد رتبتها هكذا (الاول) أن يكونا معينين (الثانى) معين وموصوف (الثالث) أن يكونا دينين (الرابع) معين وموصوف (الخامس) معين ودين (السادس) موصوف ودين فلنتكلم على كل قسم وما يجوز منها وما يمتنع (أما الاول) وهو أن يكونا معينين فذلك مما لاخلاف بين الائمة فى جوازه كما إذا قال بعتك أو صارفتك هذه الدنانير بهذه الدراهم وكذلك جميع أموال الربا كبعتك هذه الحنطة بهذه الحنطة أو بهذا الشعير فالاجماع على صحة ذلك وقد تقدم اطلاق ذلك وتفاصيله ومن أحكام هذا القسم أن العوضين يتعينان بالعقد عندنا وفائدة ذلك أنه ليس لكل منهما أن يعطى غير المتعين كما صرح به الشافعي والاصحاب ومتي تلف قبل القبض انفسد العقد واذا خرج مستحقاً تبين بطلان العقد وحيث استحق الرجوع به إما بمقايلة واما برد بعيب حيث ثبتت فانه يجب رد عين تلك الدراهم إن كانت باقية و هذا هو المشهور عن مالك وأحمد ولم يكن له أن يبدله سواء كان العيب بكل المبيع أو ببعضه وسواء كان قبل التفرق أو بعد التفرق صرح به الشيخ أبو حامد وغيره وعن صاحب التقريب أنه يجوز قبل التفرق أخذ بدلها من غير فسخ العقد حتي لو كان العقد بثمن مجهول فاعله قبل التفرق صح حكاه الفورانى فى العمد وغيره وهذا الوجه المحكي عن صاحب التقريب فى هذا يشبه أن يكون فرعه على قوله انه يجوز الصرف فى الثمن المعين قبل قبضه فان القاضي حسين نقل ذلك عنه قال فى كتاب الأسرار فى جواز التصرف فى الثمن إذا كان معيناً قبل القبض أخطأ من جوز وهو صاحب التقريب * وقال أبو حنيفة رضى الله عنه وهى رواية عن أحمد الدراهم والدنانير لاتتعين بالعقد ويجوز للمشتري إن يدفع مثل الدراهم التي وقع العقد عليها وان تلفت قبل القبض لم يبطل العقد واحتجوا له من جهة اللغة بقول الفراء ان الثمن له شرطان أن يصحبه البائع وأن يكون فى الذمة كقوله بعتك هذا الثوب بدينار قيل انه ذكر ذلك فى معانى القرآن ومن جهة الشرع بحديث ابن عمر رضى الله عنهما

ويخرج من هذه الاختلافات ثلاثة طرق كما أفصح بها صاحب التتمة (أظهرها) طرد الخلاف (والثانى) القطع بنفوذ الاستيلاد (والثالث) القطع بعدمه *

﴿ التفريع ﴾ ان قلنا ينفذ الاستيلاد فعليه القيمة والحكم على مامر فى العتق وان قلنا لاينفذ فالرهن بحاله فلوحل الحق وهى حامل بعد لم يجز بيعها لأنها حامل بحر وفيه وجه آخر وقد ذكرنا ذلك فى البيع فاذا ولدت فلا تباع حتى تسقى ولدها اللبأ واذا سقته ولم توجد مرضعة فلا تباع حتى توجد مرضعة خوفا من أن يسافر بها المشترى لو بيعت فيهلك الولد واذا وجدت مرضعة فتباع الجارية ولايبالى

أنه قال يارسول الله انى أبيع الابل بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فقال لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء ولم يفصل بين أن يكون الثمن مطلقاً أو معيناً (والجواب) عن الحديث أنه محمول على الغالب وهو كون الأثمان مطلقة وعن قول الفراء بأن التعيين حكم شرعى لا مجال للغة فيه فإن قال ان هذا لا يسمى ثمناً صار بحثاً لفظياً وصار كما إذا باع عبدا بثوب فعند بعضهم أن الصفقة خالية عن الثمن وذلك من حيث التسمية فقط فكما أن الثبوت متعين بالعقد كذلك النقد وقال القاضى أبو الطيب أن الفراء خالط فى هذا الكتاب اللغة بالفقه وعول على فقه الكوفيين فلا حجة فى قوله قال ولا خلاف بيننا فيما تقتضيه اللغة وانما الخلاف فيما يقتضيه الشرع وقد اتفقوا على أن النقدين يتعينان بأجناسهما فاذا باع بدراهم يتعين جنس الدراهم أو بدنانير يتعين جنس الدنانير نقل الاتفاق على ذلك الطاووسى فى طريقه وحجتنا فى التعيين من الحديث قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث الربا «عينا بعين» قال أصحابنا القاضى أبو الطيب وغيره ولو كانا لا يتعينان لما كانا عينا بعين والقياس على ما إذا كان عوضا بجامع ما بينهما من ان كلا منهما عوض مشار اليه فى العقد ويتعين بالقبض وعلى القرض والوديعة والغصب والوصية والارث والصداق والوكلة وكذلك اذا كان حليا فانها تتعلق بعين النقد بخصوصه وقد وافقونا على ذلك فكذلك البيع لكنهم اعتذروا عن العقود المذكورة بأنه ليس مقتضاها وجوبها فى الذمة اذا كان الثمن معينا ولان هذا العقد المعين أن صلح للعوضية لم يجز ابداله لتعلق الملك به وان لم يصلح فلا يتعلق العقد به والفرض أنهما لم يذكرا ثمنا فى الذمة فلا يتعلق بها فلا يبطل العقد (فان قيل) ان الثمن متعلق بالذمة ومعني التعيين أنه يوفى ذلك المطلق فى الذمة من هذا المعين (فنقول) انما كان كذلك ينبغى أن يبطل العقد فيه بالتعيين كالسلم اذا عين ثمرة نخلة بعينها وهذه حجة ابن سريج وربط العقد بغير المعين لا وجه له فان العقد قد يتعلق بخصوصه لعلمه بحله أو لغير ذلك من الاغراض وذكر أصحابنا رحمهم الله فوائد ومقاصد فى تعيين الثمن (منها) للبائع الرجوع فى عينه عند الفلس وتبرئة ذمته لقصر الحق على تلك العين (ومنها) للمشترى تكميل ملكه إذ الملك فى

بالتفريق بين الام والولد للضرورة فان الولد حر و بيعه ممتنع * ثم ان كان الدين يستغرق قيمتها بيع كلها والا بيع منها بقدر الدين وان أفضى التشقيص الى نقصان رعاية لحق الاستيلاد و يخالف ما اذا اتفق مثل ذلك فى العبد القن بأن كانت قيمته مائة وهو مرهون بخمسين وكان لا يشترى نصفه إلا بأربعين ويشترى الكل بمائة حيث يباع الكل دفعاً للضرر عن المالك وان لم يوجد من يشترى البعض بيع الكل للضرورة * واذا بيع منها بقدر الدين انفك الرهن عن الباقى واستقر الاستيلاد وتكون النفقة على المشترى والمستولد بحسب النصيبين والكسب بينهما كذلك ومهما عادت الي ملكه بعد

العين آكد منه فى الدين ولهذا أجبر المشترى على تسليم الثمن ليساوى البائع فى بيع العين فبالتسليم يصير ماعليه عينا مثل المبيع قال ذلك القاضى حسين فى كتاب الاسرار وقد ذكر النووى رحمه الله تعالى تعيين الدراهم والدنانير فى هذا المجموع فى باب مانهى عنه من بيع الغرر مختصراً ولا فرق فى تعيين الدراهم بين أن يكون فى عقد الصرف أو غيره والله أعلم *

(فرع) لو استبدل عن المعين بعد التقابض والتخاير صح بلا خلاف أو قبلها لم يصح على المذهب المشهور كما هو مبين فى موضعه أو بعد التقابض وقبل التخاير صح على قول ابن سريج فانه جعل اتفاقهما على العقد الثانى كالتفرق وهو الصحيح عند القاضى أبو الطيب والرافعى وضعفه الماوردى (والثانى) وهو الذى نقله الخراسانيون عن صاحب التقريب أنه إذا قلنا لايملك المشترى الا بانقضاء الخيار لايصح أو بعد التخاير وقبل التقابض فقد سبق أنه يبطل العقد فلا يصادف الاستبدال محلا خلافا لابن سريج والله أعلم

(فرع) لو وهب الصير فى الدراهم المعينة لباذلها فان كان قبل قبضها لم يجز لأن الملك لها لم يستقر وان كانت الهبة بعد قبضها ففيها وجهان كالبيع قاله الماوردى ومقصوده أنه بعد قبضها وقبل التفرق وانقضاء الخيار الذى فيه الخلاف المنقول عن حكاية صاحب التقريب فانه طرد ذلك فى البيع والهبة والتزويج أيضاً لو كان المبيع جارية فزوجها المشترى من البائع فى المجلس قال (إن قلنا) المشترى ملك صح التزويج والا فلا ويسقط الخيار ويلزم البيع *

(فرع) اذا تعاقدا على معينين يجوز جزافا عند اختلاف الجنس نص عليه الشافعي رحمه الله تعالى والأصحاب (القسم الثاني) أن يكونا موصوفين أو فى معنى الموصوفين وهو المطلق فى موضع فيه نقد متعارف كما اذا قال بعتك أو صارفتك ديناراً مصريا فى ذمتى بعشرين درهما من

مابيعت فى الدين فهل يحكم بنفوذ الاستيلاد فيه طريقان (أظهرهما) أنه على قولين كما لو استولد جارية الغير بالشبهة ثم ملكها اختار أنه لايحكم به (والمذهب) المنصوص انه يحكم وفى مثل هذه الصورة فى الاعتاق ذكرنا أن الاظهر عدم نفوذ العتق والفرق ان الإعتاق قول يقتضى العتق فى الحال فاذا رد لغا بالكلية والاستيلاد فعل لايمكن رده وإنما منع حكمه فى الحال لحق الغرماء فاذا زال حق الغير عمل عمله (والطريق الثانى) القطع بنفوذ الاستيلاد لوقوعه في الملك بخلاف استيلاد جارية الغير بالشبهة * ولو انفك الرهن عنها ولم يتفق بيعها بعد الاستيلاد ومنهم من خرجه على الخلاف المذكور فيما اذا بيعت ثم عادت اليه وعلى الخلاف المذكور فى نظيره من الاعتاق (والمذهب) الاول ويفارق مااذا بيعت وعادت لأن الملك ههنا هو الملك الذى تصرف فيه ويفارق الاعتاق لما سبق

الضرب الفلاني في ذمتك فقد اتفق جمهور الاصحاب علي جواز ذلك اذا تواصفا العوضين أو أطلقا وكان للبلد نقد واحد لايختلف أو نقود مختلفة الا أن أحدهما غالب فيرجع الاطلاق اليه ثم يعينان ويتقابضان قبل التفرق وان لم يكن معهما فاستقرضا وتقابضا جاز وكذلك في قيم المتلفات انما يقوم بالغالب فان لم يكن للبلد نقد غالب بان كان فيها نقود مختلفة وليس بعضها أغلب من بعض اشترط تعيين النوع كقوله عشرة دراهم راضية أو ناصرية بدينار مطبقي أو ماسيأتي أو أهوازي أو سابوري وفي التقويم يعين القاضي واحداً للتقويم قاله في التهذيب فان وقع من غير تعيين فسد العقد ولا خلاف بين الاصحاب في ذلك الا ماحكاه صاحب التتمة والروياني عن أبي عاصم العبادي أنه حكى ان هذا بمنزلة بيع الأعيان بعضها ببعض فان جوزنا بيع الغائب فالعقد صحيح والا فلا لان الشرع حرم بيع الدين فقد نهى صلوات الله عليه عن بيع الكالي بالكالي قال فلو لم يقدر العوض عيناً غائبة لما كان الى تصحيح العقد سبيل واستضعف الروياني هذا ونظير هذا الوجه الذي حكاه صاحب التتمة عن أبي عاصم وجه حكاه الماوردي عن أبي العباس بن صالح المصري من أصحابنا أنه لايصح السلم الا أن يكون رأس المال معينا ثم يقبض في المجلس فلوعقد علي موصوف ثم أحضره وأقبضه في المجلس لم يصح لان كلا البدلين موصوف قال ابن أبي الدم فهذان وجهان غريبان في المذهب لم يحكها في المسئلتين غير هذين المصنفين يعني صاحب التتمة والماوردي فيما أعلم ولست أدري هل يوافق كل واحد من هذين الامامين يعني أبا عاصم العبادي وأبا العباس المصري صاحبي الوجه صاحبه في مسألته أم لا والمساواة متجهة وقد يتكلف فرق بينهما قال القاضي أبو الطيب (فان قيل) هذا خلاف السنة التي رويتم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لاتبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق

وليس للراهن أن يهب هذه الجارية للمرتهن وانما تباع في الحق للضرورة وهذا معنى قول الأئمة ان الاستيلاد ثابت في حق الراهن والخلاف في أنه أنه هل يثبت في حق المرتهن والله أعلم * (وقوله) في الكتاب مرتب على العتق يجوز اعلامه — بالواو — للطريقة الثانية للترتيب وكذا قوله والاصح عود الاستيلاد للطريقة النافية للخلاف وليس لفظ العود ههنا مستعملا في حقيقته فانه يستدعي ثبوتا في الابتداء وزوالا وليس الاستيلاد كذلك *

قال ﴿ ولو ماتت بالطلق فعليه القيمة لأنه مهلك بالاحبال * وكذا اذا وطيء أمة الغير بشبهة ولايضمن الزوج زوجته به * وكذلك الزاني بالحرة لأن الاستيلاد كأنه اثبات يد وهلاك تحت اليد المستولية علي الرحم والحرة لاتدخل تحت اليد والا فمجرد السبب ضعيف * ولذلك قيل على رأي يجب أقصى القيم من يوم الاحبال الى الموت * وقيل يعتبر يوم الاحبال * وقيل يوم (ح) الموت

بالورق إلى قوله سواء بسواء عيناً بعين يعني يداً بيد فالجواب أنهما إذا عينا في المجلس صار عيناً بعين كما إذا تقابضا في المجلس كان يداً بيد فلم يرد التعيين والتقابض في نفس العقد اهـ وهذا مذهب ابى حنيفه رضى الله عنه واحمد وقال مالك لايجوز الصرف حتى يكون العينان حاضرتين وعنه لايجوز حتى يظهر أحدى العينين ويعين وعن زفر رحمه الله مثله وقال مالك على هذه الرواية يحتاج أن يكون قبضه لما لم يعنيه قريبا متصلا بمنزلة النفقة يحلها من كيسه قال ابن عبد البر قال الطحاوى واتفقوا يعني هؤلاء الفقهاء الثلاثة يعني أبا حنيفة ومالك والشافعى رضى الله عنهم على جواز الصرف إذا كان أحدهما دينا وقبضه في المجلس فدل على اعتبار القبض في المجلس دون كونه عيناً اهـ ومما يدل علي انه لايشترط التعيين في العوضين حين العقد حديث ابن عمر في تقاضيه الدراهم عن الدنانير والدنانير عن الدراهم فان أخذ أحدهما عن الآخر صرف والمأخوذ عنه ليس معيناً وسنذكر ذلك في الكلام في القسم الخامس ان شاء الله تعالى (فان قلت) حكمتم هنا بجواز الصرف على الموصوفين على المشهور وحرمتم وفيما تقدم أن اسلام أحد النقدين في الآخر لايجوز ولنا خلاف مشهور على النظر إلى المعين أن يحكم بفساده لأنه سلم أو يحكم بصحة السلم فيه حالا كما قال القاضى أبو الطيب (قلت) امتناع إسلام أحد النقدين في الآخر والكلام فيه مختص بما إذا كان بلفظ السلم فانه ينبيء عن الأجل والمانع من صحة الصرف (فان قلت) هذا نظرا الى جانب اللفظ والسؤال إذا نظرنا الى المعني ثم ان اشعار اللفظ بالأجل يزول بشرط الحلول وحينئذ يلزم أحد الأمرين (إما) تصحيح السلم فيهما كما قال القاضى أبو الطيب (وإما) فساد هذا العقد ولم يقل به أحد من الأصحاب (قلت) الصرف والسلم قسمان من أقسام البيع فهما خاصان تحت أعم و بينهما أعنى الصرف والسلم عموم وخصوص من وجه فان بيع الموصوف في الذمة قد يكون نقداً وقد

ولا يمنع من الانتفاع (ح) بسكنى الدار * أو استكساب العبد * أو استخدامه * أو انزاء الفحل على الاناث ان لم ينقص قيمته ﴾*

اذا ماتت الجارية التى أولدها الراهن بالولادة والتفريع على أن الاستيلاد غير نافذ فعليه قيمتها لتكون رهنا مكانها لأنه تسبب الى إهلاكها بالاحبال لاعن استحقاق والضمان كما يجب بالمباشرات يجب بالاسباب كحفر البئر ونحوه وعن أبي على الطبرى وغيره وجه أنه لاتجب عليه القيمة لأن إضافة الهلاك إلى الوطء بعيدة واحالته على علل وعوارض تقتضى شدة الطلق أقرب وأظهر والمذهب المشهور الاول * ولو أولد أمة الغير بالشبهة وماتت بالولادة ففي وجوب القيمة هذا الخلاف ولو كانت حرة ففي وجوب الدية وجهان (قال) الامام أقيسهما الوجوب لان طريق وجوب الضمان لايختلف بالرق والحرية (وأشهرهما) المنع

لايكون و بيع النقد قد يكون فى الذمةوقد لايكون فنى محل صدقهما وهو مااذا كان النقدموصوفا فى الذمة يجب النظر فى الأحكام لحكم الصرف وجوب التقابض من الجانبين وحكم السلم قبض الثمن (وأما) المثمن فاما أن تقول ان السلم يقتضى جواز تأخره فيكون بين مقتضاه ومقتضى الصرف تضاد أو تقول إن السلم لايقتضى ذلك ولا عدمه بل مقتضاه بالنسبة إلى المسلم فيه ثبوته فى الذمة فقط (فان قلنا) بالأول فيرجح باللفظ فان عقد بلفظ السلم بطل وان عقد بلفظ البيع أو الصرف صح وكان صرفا وان لم يكن بينهما تضاد وكان السلم غير مانع من لزوم التقابض فيجب أن يوفي الصرف حكمه ضرورة وجود المقتضى السالم عن المعارض فان كونه صرفا يقتضي التقابض وكونه سلما غير مانع على هذا التقدير (فان قلت) الترجيح باللفظ فيما إذا جرى العقد بلفظ الصرف فيصح أو بلفظ السلم فيبطل لما بين اللفظين علي ذلك التقدير من التضاد أما لماذا جرى بلفظ البيع وهو أعم من السلم والصرف فيبقى معارض المعنيين بغير مرجح ضرورة اشتراكهما فى مسمى البيع (قلت) بل لفظ البيع واضافته الى هذا المبيع الخاص مرجح لان الشارع اعتبره بقوله لاتبيعوا الذهب الي آخره وانما العلماء سموا هذا النوع باسم الصرف لما ستعرفه وهذا البحث لايختص بهذا القسم بل يجرى فيما اذا كان البيع موصوفا والثمن معين أو دين فى القسم الرابع والسادس والله أعلم * والامام رحمه الله استشعر هذا البحث فقال لما تكلم فى الصرف على الذمة ولا يكون هذا من السلم فان وضع السلم على اشتراط تسليم رأس المال فى المجلس فيحسب والصرف يحوز عقده علي الوصف ثم لابد من التقابض وهذا الذى قاله رحمه الله انما هو ذكر حكم للسلم والصرف وحكم العقد زائد على حقيقته فلا يجوز أن يجعل جزءا منها وفيما قدمته كفايه والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ لم يجزم الاصحاب بجواز بيع الطعام الموصوف فى الذمة بالطعام الموصوف كما جزموا

لأن الوطء سبب ضعيف وانما أوجبنا الضمان فى الامة لأن الوطء استيلاء عليها والعلوق من آثاره فادمنا به اليد والاستيلاء كما اذا نفر المحرم صيدا فبقى نفاره الى التغير والهلاك والحرة لاتدخل تحت اليد والاستيلاء ولو أولد امرأة بالزنا وهى مكرهة فماتت بالولادة فقد روي الشيخ أبو حامد فى وجوب الضمان قولين حرة كانت أو أمة (أحدها) يجب لما سبق (وأصحهما) المنع لان الولادة فى الزنا لا تنضاف الى وطئه لان الشرع قطع سبب الولد عنه ولا خلاف فى عدم وجوب الضمان عند موت الزوجة من الولادة لتولد الهلاك عن مستحق وحيث أوجبنا الضمان فى الحرة فهو الدية مضروبة على العاقلة وحيث أوجبنا القيمة فالاعتبار بأية قيمة فيه ثلاثة أوجه (أحدها) باقصى القيم من يوم الاحبال الى الموت تنزيلا له منزلة الاستيلاد والغصب (وثانيها) و به قال ابن

في الصرف بل حكوا في الطعام وجهين وقال الرافعي إن الاشبه بكلام الشيخ أبي علي والأئمة أن وجه الجواز أظهر *

﴿ فرع ﴾ هل يسوغ الاستبدال في هذا القسم أولا ؟ اعلم ان الاستبدال عن الثمن الثابت في الذمة في غير الصرف يجوز على الجديد المشهور (وأما) في الصرف فالصواب المقطوع به أن ذلك لايجوز لانه لو استبدل عنه لم يحصل مدلول قوله صلى الله عليه وسلم « عيناً بعين » لاعند العقد ولا في المجلس فوجب البطلان والفرق بينه و بين الثمن في غير الصرف أن الثمن في الصرف غير مستقر لانه بعرضية البطلان بالتفرق قبل قبضه بخلاف الثمن في غير الصرف ولهذا جزم بعض الاصحاب أن محل الخلاف فيما اذا كان المبيع قد قبض أما اذا المبيع لم يقبض فانه لايجوز الاستبدال عنه قولا واحداً وللقائل الآخر أن يقول إنه غير قابل للانفساخ من جهته بان يتلف قبل قبضه فينفسخ العقد به والثمن في الصرف قابل للانفساخ الآتي من جهته بعدم قبضه وأيضاً فهو غير لازم على المذهب لان العقد لايلزم على المذهب مالم يتقابضا بخلاف الثمن في غير الصرف فانه يتصور فيه اللزوم قبل القبض ولو فرعنا على رأى ابن سريج في اللزوم قبل التقابض أو على الوجه القائل بصحة بيع المبيع في زمان الخيار لم يلزم أن يطرد ذلك في الصرف لما أشرت اليه من دلالة الحديث على اشتراط التعيين فان لم يكن في العقد فلا بد من المجلس وقد خرج شيخنا أبو العباس بن الرفعة جواز الاستبدال فيما اذا كان العوضان نقدين على أن الثمن ماذا وحكم بانا اذا قلنا الثمن النقد ولامبيع هنا فيجرى الخلاف في الاستبدال عن كل منهما وهو سهو لا ينبغي التعريج عليه والله أعلم *

أبي هريرة بقيمة يوم الموت لان التلف حينئذ متحقق (وأصحهما) بقيمة يوم الاحبال لانه سبب التلف فصار كما لو جرح عبداً قيمته مائة و بقي مثخنا حتى مات وقيمته عشرة فان الواجب مائة ويقال ان ابن أبي هريرة ألزم هذه المسألة فمنعها وطرد قياسه ولا يخفى بعده * ولو لم تمت الجارية ونقصت قيمتها بالولادة فعليه الأرش ليكون رهنا معها وله ان يصرف القيمة أو الأرش الى قضاء الحق ولا يرهن *

قال ﴿ ولا يمنع من الانتفاع (ح) بسكنى الدار أو استكساب العبد أو استخدامه أو انزاء الفحل علي الاناث ان لم ينقص قيمته ﴾ *

افتتح الكلام في نوع آخر من تصرفات الراهن وهو ماسوى الوطء من الانتفاعات وجملته أن المنافع التى لايضر استيفاؤها بالمرتهن لاتعطل من المرهون بل هي مستوفاة للراهن خلافا لأبي حنيفة حيث قال هي معطلة وروى في المسائل عن مالك مثل مذهبنا وعن أحمد

{ فرع } الابراء عن هذا العوض الثابت فى الذمة فى الصرف لايصح فان افترقا قبل قبضها بطل الصرف لانه ابراء مما لم يستقر ملكه عليه قاله الماوردى *

{ فرع } جريان الصرف فى الذمة عند اختلاف الجنس لاإشكال فيه كذلك يجوز عند اتفاق الجنس كان يبيع ديناراً بدينار فى الذمة أو دراهم بدراهم فى الذمة وصرح به الجرجانى فى الشافى وابن أبى عصرون فى المرشد والانتصار والخوارزمي فى الكافي *

{ فرع } ظاهر المذهب جواز المعاملة بالدراهم المغشوشة قال فى التهذيب فلو باع بدرهم مطلقا ونقد البلد مغشوش يجب درهم من ذلك ومن أصحابنا من قال لأن المقصود مافيه من النقرة وهو مجهول كتراب الصاغة وان كان نقد البلد فلوساً أو دراهم عطر بقية يجوز التصرف فيها ومطلق العقد ينصرف اليها *

{ فرع } جريان هذا القسم فى صرف النقد بغير جنسه لا إشكال فيه وهل يجوز فى الجنس الواحد حيث يكون هناك غرض صحيح و يمكن فرض ذلك فيما إذا اختلفت الصفة كأن يبيع دنانير مغربية بدنانير مشرقية أو دراهم لينة بدراهم خشنة لم أره منقولا والظاهر الجواز *

اختلاف رواية، لنا ماروى أنه صلى الله عليه وسلم قال « الظهر يركب اذا كان مرهونا وعلى الذى يركبه نفقته »(١) وروى أنه قال « الراهن محلوب ومركوب »(٢) وفى الفصل صور (احداها) يجوز السكني فى الدار وركوب الدابة واستكساب العبد ولبس الثوب المرهونة إلا إذا كان مما ينقص باللبس (الثانية) الفحل المرهون يجوز انزاؤه على الاناث كالركوب إلا إذا أثر ذلك فى القيمة والانثى يجوز الانزاء عليها كذلك ان كان يحل الدين قبل ظهور الحمل أو تلد قبل حلول الدين فأن كان يحل بعد ظهور الحمل وقبل الولادة فان قلنا الحمل لا يعرف جاز أيضاً لأنها تباع مع الحمل وان قلنا يعرف وهو الصحيح لم يجز لأنه لايمكن بيعها دون الحمل والحمل غير مرهون (الثالثة) ليس للراهن أن يبني فى الارض المرهونة ولا أن يغرس لانه ينقص قيمة الارض

---

(١) { حديث } الظهر يركب اذا كان مرهونا وعلى الذى يركبه نفقته البخارى من حديث الشعبي عن أبى هريرة به وأتم منه ولفظه الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذى يركب و يشرب النفقة ورواه ابوداود بلفظ يحلب مكان يشرب *

(٢) { حديث } الرهن مركوب ومحلوب الدارقطنى والحاكم من طريق الاعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة واعل بالوقف وقال ابن أبي حاتم قال أبى رفعه مرة ثم ترك الرفع بعد ورجح الدارقطني ثم البيهقي رواية الشافعي عن سفيان عن الاعمش عن أبى صالح عن ابى هريرة *

﴿ فرع ﴾ لو باع فى هذا القسم طعاماً بطعام فى الذمة ثم عين وسلم فى المجلس فوجهان (أحدهما) المنع لأن الوصف فيه يطول بخلاف الصرف فان الأمر فى النقود أهون وهكذا يكفى فيها الاطلاق (والثانى) الجواز قال الرافعى رحمه الله والأشبه بكلام الشيخ أبى على والأئمة أن هذا أظهر (القسم الثالث) أن يكونا دينين كما إذا قال بعتك الدينار الذى لى فى ذمتك بالعشرة الدراهم التى لك فى ذمتي حتى تبرأ ذمة كل منا وهذه المسألة تسمى بتطارح الدينين قال الشافعى رضى الله عنه فى كتاب الصرف من الأم ومن كانت عليه دراهم لرجل وللرجل عليه دنانير فحلت أولم تحل فتطارحاها صرفاً فلا يجوز لأن ذلك دين بدين وقال مالك إذا حل فهو جائز وإذا لم يحل فلا يجوز انتهى قال أصحابنا ولكن طريقهما ان يبرىء كل منهما صاحبه فمذهب الشافعى رحمه الله وجميع أصحابه أنه لا يجوز وبه قال جماعة منهم الليث بن سعد وأحمد ومذهب أبى حنيفة كمذهب مالك رحمه الله ان ذلك جائز ومنشأ الخلاف فى ذلك أن هذا هل يدخل في بيع الدين بالدين أولا وقد أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لايجوز نقل ذلك ابن المنذر وقال قال أحمد اجماع الأئمة أن لايباع دين بدين (قلت) وناهيك بنقل أحمد الاجماع فانه معلوم سنده فيه مع الحديث الذى روى أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الكالىء بالكالىء » وان كان ابن المنذر قال ان إسناده لا يثبت والحديث مشهور عن موسى بن عبيد وهو ضعيف ونقل عن أحمد أنه سئل أيصح فى هذا حديث قال لا فلو ثبت الحديث أمكن التمسك به فان الكالىء بالكالىء هو الدين بالدين كذلك فسره نافع راوى الحديث والدين بالدين حقيقة فيما نحن فيه (أما) إذا لم يثبت فالاجماع لايمكن التمسك به

وفى النهاية ذكر وجه أنه يجوز ان كان الدين مؤجلا وزرع ماينقص قيمة الارض لاستيفاء قوتها ممنوع ومالاينقص ان كان بحيث يحصد قبل حلول الاجل فلا منع منه ثم ان تأخر الادراك لعارض ترك إلى الادرك وان كان بحيث يحصد بعد الحلول أو كان الدين حالا منع منه لنقصان الرغبة فى الارض المزروعة وعن الربيع حكاية قول أنه لايمنع منه لكن يجبر على القلع عند الحلول إن لم يف بيعها مزروعة دون الزرع بالدين وفى هذا إلتفات الى أن الارض المزروعة هل يجوز بيعها أم لا ولو خالف ماذكرناه فغرس أو زرع حيث منعناه منه فلا يقلع قبل حلول الاجل فلعله يقضى الدين من موضع آخر وفيه وجه أنه يقلعه وبعد حلول الدين ومساس الحاجة الى البيع يقلع ان كانت قيمة الارض لاتفى بدينه وتزداد قيمتها بالقلع نعم لو صار الراهن محجورا عليه بالافلاس ففى القلع وجهان بخلاف مالو نبت النخل من النوى فى حميل السيل جزمنا بأنه لايقلع فى مثل هذه الحالة لأ نا منعناه ههنا فخالف كذاقاله الامام *

مع جود الخلاف فى هذه الصورة الخاصة فانه يؤول هذا الى تفسير بيع الدين بالدين المجمع على منعه يعنى مانحن فيه وهو أن يكون للرجل على الرجل دين فيجعله عليه فى دين آخر مخالف له فى الصفة أو فى القدر فهذا هو الذى وقع الاجماع على امتناعه وهو فى الحقيقة بيع دين بما يصير ديناً واذا لم يكن فى الحديث متمسك بضعفه ولا فى الاجماع لعدم التوارد على محل واحد * واحتجت الحنفية والمالكية بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وتقاضيه الدراهم عن الدنانير و بالعكس ولا دليل فيه لانه انما يدل على الدين بالعين أو بالموصوف والله أعلم *

(فرع) قال الصيمرى فلو وجب لزيد فى ذمة عمر ودينار أهوارى ووجب لعمرو فى ذمة زيد دينار أهوارى جاز أن يجعل ذلك قصاصاً (القسم الرابع) معين وموصوف كما اذا قال بعتك هذا الدينار بعشرة دراهم فهذا جائز عندنا وعند جمهور العلماء الا ماتقدم من النقل عن مالك رحمه الله فلو جرى هذا القسم بلفظ السلم كان باطلا أيضاً كالقسم الثانى ورأى شيخنا ابن الرفعة القطع بالجواز فى هذا القسم للبعد عن بيع الكالىء بالكالىء وهذا غلط مخالف (القسم الخامس) دين بعين كما إذا كان له عليه دينار فقال بعتك الدينار الذي لى عليك بهذه العشرة الدراهم فيجوز أيضاً بشرط ان يكون ذلك الدين مما يجوز الاستبدال عنه وهذا قسمان (أحدهما) أن لا يكون ثمناً ولا مثمنا كدين القرض والاتلاف (والثانى) أن يكون ثمنا على الجديد فى غير الصرف فلو كان

قال ﴿ ويمنع عن المسافرة به لعظم الحيلولة كما يمنع زوج الامة عن السفر بها * بخلاف الحر فانه يسافر بزوجته * وان أمكن استكساب العبد فى يده لم ينتزع من يده جمعاً بين الحقين * ومهما انتزع فعليه الاشهاد * إلا أن يكون عدالته ظاهرة ففى تكليفه ذلك خلاف ﴾ *

أصل الفصل أن اليد على المرهون مستحقة للمرتهن فانها الركن الأعظم وفى التوثق مما لامنفعة به مع بقاء عينه كالنقود والحبوب لاتزال يد المرتهن عنه وإن أمكن تحصيل الغرض مع بقائه فى يد المرتهن يصار اليه جمعاً بين الحقين وإنما تزال يده عند اشتداد الحاجة اليه * اذا عرفت ذلك فان كان العبد محترفا وتيسر استكسابه هناك ولم يخرج من يده إن أراد الراهن الاستكساب وان أراد استخدام أو الركوب أوشيئاً من الانتفاعات التي يحوج لستيفاؤها الى إخراجه من يده فعن رواية صاحب التقريب قول قديم أنه لا يخرج من يده ولانوهن وثيقته والمشهور أنه يخرج ثم ينظر إن استوفى تلك المنافع باعارة من عدل أو إجارة بالشرط الذى سبق فله ذلك وان أراد استيفاءها بنفسه قال فى الام له ذلك ومنع منه فى القديم فحمل خالمون الاول على الثقة المأمون جحوده والثانى على غيره فأجراهما مجرون قولين مطلقين ووجهوا الثانى بما يخاف من جحوده وخيانته لو سلم

فى الصرف فقد تقدم مافيه ويشترط أن يكون الدين حالا أيضا فان كان مؤجلا فسيأتي حكمه * إذا عرف ذلك فجواز أخذ الدراهم عن الدنانير والدنانير عن الدراهم الثابتة فى الذمة حكى عن عمر وابنه والحسن والحكم وحمادوطاووس والزهرى والقاسم بن محمد وقتادة وابراهيم وعطاء على اختلاف عنهما وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والثوري والاوزاعي وأحمد واسحق وعبد الله بن الحسن وأبي ثور وروى كراهة ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وأبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود وأبي سلمة ابن عبدالرحمن وسعيد بن المسيب وابن شبرمة وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه * ثم اختلف الاولون فمنهم من قال يشترط أن يكون بسعر يومها (وقال) أبو حنيفة رضي الله عنه يؤخذ بسعر يومها و بأعلى و بأرخص (قال) أحمد بن حنبل رضى الله عنه انما يقضيه إياها بالسعر وقال ابن قدامة لم يختلفوا فى أنه يقضيه إياها بالسعر إلا ما قال أصحاب الرأى ووجه الأول قوله صلى الله عليه وسلم « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها » واستدل له بأن هذا حال مجرى القضاء فيقيد بالمثل كما لو حصيناه من الجنس والتماثل بينا متعذر من حيث الصورة فاعتبر من حيث القيمة والعمدة فيه حديث ابن عمر الذي تقدمت الاشارة اليه وهو مارواه أبو دواود والترمذى والنسائى وابن ماجه من حديث سماك بن حرب عن سعيد ابن جبير عن ابن عمر قال « كنت أبيع الابل بالبقيع فأبيع الدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه عن هذه وأعطى هذه عن هذه فأتيت رسول الله ﷺ وهو فى بيت حفصة فقلت يارسول الله رويدك أسألك انى أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه عن هذه وأعطى هذه عن هذه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا بأس

اليه والاول بان ماله استيفاؤه بغيره له استيفاؤه بنفسه ويشبه أن يكون هذا اظهر ويتفرع عليه مانقله امام الحرمين وصاحب الكتاب وهو أنه ان وثق المرتهن بالتسليم فذاك والا أشهد عليه شاهدين أنه يأخذه للانتفاع فان كان مشهور العدالة موثوقا به عند الناس فوجهان (اشبههما) أنه يكتفى بظهور حاله ولا يكلف الاشهاد فى كل اخذه لما فيه من المشقة ويزداد في أخذ الجارية للاستخدام نظر آخر وهو أن الراهن انما يمكن منه اذا أمن غشيانه اياها بأن كانت محرماله أو كان ثقة وله اهل كما تقدم نظيره ثم ان كان اخراج المرهون من يد المرتهن لمنفعة يدام استيفاؤها فذاك فان كان لمنفعة تستوفى فى بعض الاوقات كالاستخدام والركوب فتستوفى نهاراً وترد الى المرتهن ليلا * وليس للراهن أن يسافر بالمرهون بحال طال سفره أم قصر لما فيه من الخطر والحيلولة القوية من غير ضرورة ولمثل هذا منع زوج الأمة من المسافرة بها وانما جاز لسيدها أن يسافر بها لحقه المتعلق بالرقبة ولئلا يتكاسل فى تزويجها ويجوز للحرأن يسافر بزوجته رعاية لمصالح النكاح التى لها فيها

من أن تأخذ بسعر يومها مالم تفترقا و بينكما شيء » وهذا لفظ أبي داود وقد تفرد سماك بن حرب بهذا الحديث لايروي من غير جهة سماك وقد وقع فى ابن ماجه من رواية عمر بن عبيد وهو الطنافسي قال ثنا عطاء بن السائب أو سماك على الشك قال ولا أعلم إلا سماك والحديث معروف بسماك من أفراده لم يرفعه أحد غيره وسماك اختلف الناس فيه فضعفه شعبة والنووي وابن المبارك ونقل عن على نحوه وقال أحمد مضطرب الحديث إنه كان يقبل التلقين وان شعبة شهد عليه بذلك ووثقه يحيي بن معين وقال أبوحاتم صدوق روى له مسلم وقال ابن عدى ولسماك حديث كبيرمستقيم ان شاء الله تعالى كله وقد حدث عنه الأئمة وهو من كبار تابعى الكوفيين وأحاديثه حسان عمن يروى عنه وهو صدوق لابأس به وفى كتاب ابن أبي حاتم عن على بن المديني قال سمعت أبا داود الطيالسي قال سمعت خالد بن طليق يسأل شعبة فقال ياأبا بسطام حدثني بحديث سماك فى اقتضاء الورق عن الذهب حديث ابن عمر فقال أصلحك الله وهذا حديث ليس يرفعه أحد الا سماك قال فتذهب أن أروى عنك قال لا ولكن حدثنيه قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر ولم يرفعه وأخبرنيه أيوب عن نافع عن ابن عمر ولم يرفعه وحدثني داودبن أبي هند عن سعيد ابن جبير ولم يرفعه ورفعه سماك فأنا أفرق به قلت وقد روى شعبة عن سماك فمن جملة ماروى عنه حديث سويد بن قليس قال خليت أنا ومخرمة العبدى يدا من هجر أو البحرين حديث ليس لزيد رواه الحاكم فى المستدرك فهذا ماحضرنى من حال سماك وهو ان شاء الله تعالى الى التوثيق أقرب وحديثه هذا يدخل

الحظ * الوافر واعلم أن لفظ الكتاب ههنا وفى الوسيط يدل على أنه لاينزع العبد من يد المرتهن اذا أمكن استكسابه وان طلب الراهن منه الخدمة ولم يتعرض الأكثرون لذلك وقضية كلامهم أن له أن يستخدم مع إمكان الاستكساب والله تعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ لاتزال يد البائع عن العبد المحبوس بالثمن للانتفاع لأن ملك المشترى غير مستقر قبل القبض وملك الراهن مستقر وهل يستكسب فى يده للمشترى أم تعطل منافعه فيه اختلاف للاصحاب *

قال ﴿ وكل مامنع منه فاذا أذن المرتهن جاز لأن الحق لايعدوهما * ثم اذا أذنه فى العتق سقط الغرم عنه * وفى البيع قبل حلول الأجل يمنع (ح) تعلقه بالثمن * وله الرجوع قبل البيع وكذا اذا أذن فى الهبة ووهب ولم يقبض فله الرجوع * ولو شرط فى الاذن فى البيع جعل الثمن رهناً لم يجز ذلك فى الأصح لانه نقل للوثيقة * ولو شرط أن يعجل حقه من الثمن فسد الاذن (و) لانه أذن بعوض فاسد * بخلاف مالو شرط لوكيله أجرة من ثمن مايبيعه اذ ليس العوض ههنا فى مقابلة الاذن ﴾ *

فى قسم الحسن كما اقتضاه كلام ابن عدى وقد أخرجه الحاكم فى المستدرك وقال انه صحيح على شرط مسلم فان لم يكن كما قال فلا أقل من أن يكون حسنا وسماك بن حرب رجل صالح قال قد أدركت ثمانين رجلامن أصحاب رسول الله ﷺ روى عنه قال «ذهب بصرى فرأيت ابراهيم الخليل عليه أفضل الصلاة والسلام فى النوم فقلت ذهب بصرى قال أنزل الى الفرات فاغمس رأسك فيه وافتح عينيك إن الله تعالى يرد عليك بصرك قال ففعلت ذلك فرد الله تعالى على بصرى» وقد جعل قوم حديث ابن عمر هذا معارضاً لحديث أبي سعيد وشبهه فى قوله «ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» قال ابن عبد البر وليس الحديثان بمتعارضين عند أكثر الفقهاء لأنه يمكن استعمال كل واحد منهما فحديث ابن عمر مفسر وحديث أبي سعيد الخدرى مجمل فصار معناه لاتبيعوا منها غائباً ليس فى ذمة بناجز واذا حملا على هذا لم يتعارضا اه واذا ثبت هذا الحديث فهو نص فى أخذ المعين عن الدين (وأما) الاستدلال به على الموصوف عن الدين فمحتمل فان كلام ابن عمر محتمل لأن يكون يعتاض عن الدنانير دراهم معينة ويحتمل أن يعتاض عنها دراهم غير معينة فلم يعينها و يترجح الاول بقوله (وآخذ) فانه ظاهر فى القبض لافى مجرد المعاوضة و يمكن ترجيح الثاني بقوله ﷺ و يفسده الجواب ورفع البأس مما إذا تفرقا وليس بينهما شئ ولو حصل التقابض لم يبق بينهما شئ وان لم يتفرقا فلا يحتاج الى تقييده بالشرط وقد رد ابن حزم هذا الحديث ومنع جواز ذلك ورد الحديث لأجل ماتقدم وقدمضى الكلام فيه ولأجل أنه قد روى هذا الحديث بعينه فى النسائى عن ابن عمر قال «كنت أبيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته بذلك فقال إذا بايعت صاحبك فلا تفارقه و بينك و بينه لبس» والجواب عن هذا بعد تسليم كونه حديثا واحداً وان هذه القصة مختصرة من تلك فان مضمون لفظ الحديث المتقدم انه كان يبيع الابل بالدنانير ثم يبيع الدنانير بالداهم و بالعكس فاقتصر

الفصل يشتمل على قاعدتين (إحداهما) التصرفات التى يمنع منها الراهن لحق المرتهن إذا اقترنت باذن المرتهن نفذت فاذا أذن له فى الوطء حل له الوطء ثم إن وطء ولم يحبل فالرهن بحاله وان أحبل أو أعتق أو باع بالاذن نفذت هذه التصرفات و بطل الرهن * و يجوز أن يرجع المرتهن عن الاذن قبل تصرف الراهن كما يجوز للمالك أن يرجع قبل تصرف الوكيل فاذا رجع فالتصرف بعده كما لولم يكن إذن ولو أذن فى الهبة والاقباض ورجع قبل الاقباض صح وامتنع الاقباض لان تمام الهبة بالاقباض ولو أذن فى البيع فباع الراهن بشرط الخيار فرجع المرتهن فوجهان (أحدهما) يصح رجوعه لان العقد لم يلزم بعد كالهبة قبل الاقباض (وأصحهما) المنع لأن مبنى البيع على اللزوم والخيار دخيل وانما يظهر أثره في حق من له الخيار وفى الهبة الركن الأقوى انما هو الاقباض * ولو

فى رواية النسائى على ماذكر مايفعل فى الثمن دون شرح القصة بكمالها فلا تعارض ولا منافاة ومن زاد حجة على من اقتصر والله أعلم * ويشترط فى هذا القسم الخامس القبض فى المجلس و بنى مسألة ما إذا صالح بدين على عين *

﴿ فرع ﴾ يشترط فى هذا القسم ان يكون الدين حالا فلو أراد أن يأخذ على الدين المؤجل عوضا قبل حلول الدين لم يصح اما تقديم الدين فيجوز وقد تقدمت مسألة الاستبدال فى كلام الشيخ ولكني ذكرت هنا منها ما يتعلق بالصرف والذي صححه الماوردي هنا انه اذا اعتاض عوضا عن النقد الذى فى الذمة لا يلزم فيه قبض العرض فى المجلس وادعى ان ذلك ظاهر المذهب وانه لو اعتاض عوضا ونقدا ففيه قولا الجمع بين [1] لا يسلم له ما ادعى انه ظاهر المذهب وليس هذا موضع تحقيق ذلك وانما ذكرت هنا ما يتعلق بالصرف وممن صرح بانه لا يجوز الاعتياض عن الدين المؤجل الماوردى قال لان المؤجل لا يجوز أخذ العوض عنه *

﴿ فرع ﴾ قال فى التهذيب لا فرق فى جواز الاستبدال بين أن يكون بعد تسليم المبيع أو قبله ولو باع شيئا بغير الدراهم والدنانير فى الذمة قال فى التهذيب انه كالدراهم والدنانير فى جواز الاستبدال *

﴿ فرع ﴾ ولا بد في ذلك من لفظ البيع أو مافى معناه[2] قال ومن كان له علي رجل ذهب حال فاعطاه[3] على غير بيع مسمي من الذهب فليس ببيع والذهب [4] وعلي هذا دراهم مثل الدراهم التى أخذ (القسم السادس) دين بموصوف كما اذا قال بعتك الدينار الذى لى فى ذمتك بعشرة دراهم موصوفة أو مطلقة فى بلد فيها نقد غالب فيصح ذلك عندنا أيضا على الأصح بشرط التعيين فى المجلس وهى مسألة ما اذا صالح من دين على دين وحديث ابن عمر محتمل له كما تقدم ولا فرق فى المعنى بين هذا القسم و بين الموصوفين فقد تلخصت هذه الأقسام الستة و كلها جائزة عند الشافعى رضى الله عنه الا القسم الثالث فقط وهو بيع الدين بالدين والله أعلم * اذا عرف ذلك فالصرف فى الذمة واقع فى ثلاث صور القسم الثانى والرابع والسادس وصوره بمسألة الكتاب فى القسم الثانى وهو ما اذا كانا

رجع المرتهن ولم يعلم به الراهن فتصرف ففي نفوذه وجهان مبنيان على أن الوكيل هل ينعزل بالعزل قبل بلوغ الخبر (الأصح) الانعزال * ومهما أحبل أو أعتق أو باع وقال فعلته بالاذن وأنكر المرتهن فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الاذن و بقاء الرهن فان حلف فهو كما لو تصرف بغير اذنه وان نكل فحلف الراهن فهو كما لو تصرف باذنه فان نكل فهل يرد اليمين على الجارية أو العبد فيه طريقان (إحداهما) و به قال ابن القطان فيه قولان كما لو نكل الوارث عن يمين الرد هل يحلف الغرماء (وأشبههما) و به قال أبو اسحق وأبو حامد القطع بالرد لأن الغرماء يثبتون الحق للميت

(١) بياض بالاصل فحرر
(٢) بياض بالاصل فحرر
(٣) كذا بالاصل فحرر
(٤) كذا بالاصل فحرر

موصوفين

موصوفين وقد علمت ان المطلقين المعلومين حكمهما حكم الموصوفين فاذا تبايعا دراهم فى الذمة بدنانير فى الذمة ووصفا كلا من العوضين أو اطلقا وكان فى البلد نقد واحد أوغالب وتقابضا صح العقد على ما تقدم لاخلاف فى المذهب فيه الا ما حكيته عن أبي عاصم وانما صورة مسألة الكتاب فيما اذا كان العوضان فى الذمة وان كان صدر كلامه محتملا لما اذا كانت الدنانير فى الذمة فقط لاطلاقه بعد ذلك ان لأحدهما ان يرد و يطالب بالبدل وتعليله بان المعقود عليه ما في الذمة ولو كان أحد العوضين معينا لم يأت هذا الحكم والتعليل الا فى العوض الآخرفقط فلذلك قلت ان صورة مسألة الكتاب فيما اذا كان في الذمة فاذا وجد أحدهما ما قبضه عيبا وهما فى المجلس لم يتفرقا ولم يناجزا جاز ان يرده لا على سبيل الفسخ للعقد بل على انه يطالب ببدل المقبوض و يطالب بالبدل لان العقد وقع على ما فى الذمة وما فى الذمة صحيح لا عيب فيه فاذا قبض معيبا كان له ان يطالب بما فى ذمته مما يتناوله العقد كما اذا قبض المسلم فيه ثم وجد به عيبا فان له أن يطالب ببدله بخلاف المعين فان العقد تناوله بعينه فلو طالبه ببدله لطالبه بشيء لم يتناوله العقد فكان له فسخه واسترجاع ثمنه فقط وهذا الحكم من كونه يرد العوض المقبوض عما فى الذمة ويطالب ببدله نص عليه الشافعى رحمه الله والأصحاب وجزموا به قولا واحداً وممن صرح بذلك القاضى أبو الطيب والشيخ أبو محمد وغيرهم ولا فرق فى ذلك بين أن يكون العيب من جنسه مثل ان يكون فضة خشنة أو سكتها مضطربة مخالفة لسكة السلطان أو بها صدع أو ثلم أم من غير جنسه مثل أن يشترى دنانير فتخرج نحاسا أوفضة مطلية بذهب أو شبهها أو يشترى دراهم فتخرج رصاصا كذلك صرح الشيخ أبو حامد والمحاملي والماوردي والقاضى أبو الطيب و الرويانى وصاحب العدة وغيرهم والقاضى حسين والمصنف وغيرهما وسواء كان العيب بكل المقبوض أم ببعضه نص عليه الشافعى رحمه الله والأصحاب فاذا رد العوض المذكور وقبض بدله وهما فى المجلس صح لأنه قد قبض قبل التفرق هكذا ينبغى أن يفهم كلام المصنف

أولا والجارية والعبد يثبتان لأنفسهما ولو وقع هذا الاختلاف بين المرتهن وورثة الراهن حلفوا يمين الرد على البت وهل يثبت اذن المرتهن برجل وامرأتين حكى القاضى ابن كج فيه وجهين والقياس المنع كما لو كالة والوصاية ولو حصل عند الجارية المرهونة ولد فقال الراهن قد وطئتها باذنك فأتت بهذا الولد منى وهي أم ولد وقال المرتهن بل هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بعد أن يسلم له المرتهن أربعة أمور (أحدها) الاذن فى الوطء (والثاني) أنه وطء (والثالث) أنها ولدت (والرابع) أنه مضى مدة امكان الولد منه فان لم يسلم الاذن فقد ذكرنا أن القول قوله وان لم يسلم أنه وطىء وسلم الاذن فوجهان (الذى) ذكره المعظم أن القول قوله أيضا لان الاصل عدم الوطء و بقاء الرهن (وقال) القاضى

وسكوته عن صحة قبض البدل إذا أخذ بشرطه لأنه لازم لجواز المطالبة بالبدل فيكون التقدير يطالب بالبدل لان المعقود عليه ما فى الذمة فكان له المطالبة به كالمسلم فيه واذا قبضه صح لأنه قد قبض قبل التفرق فيكون الكلام متضمنا حكمين وعلتين أو يجعل تقدير الكلام فيطالب بالبدل لان المعقود عليه ما فى الذمة فاذا قبض والحالة هذه فقد قبض المعقود عليه قبل التفرق أو يقتصر على الحكم الاول فقط وحينئذ لايحتاج إلى قياسه على السلم فيه بل يكون التقدير يطالب بالبدل لأن المعقود عليه ما فى الذمة فاذا قبضه فقد قبض قبل التفرق فلم ينفسخ العقد وهـذه العلة كافية فى بقاء العقد الموجب لجواز المطالبة ولا بد من أخذ هذين النقدين والا فلا يحسن أن يجعل علة جواز المطالبة بالبدل أنه قد قبض قبل التفرق لأنه الى الآن لم يقبض وهذا الخلاف قريب ظاهر من معني الـكلام لايخفى على متأمل واذا قدرت جملة شرطية محذوفة كما ذكرت صار المعني فاذا قبض قبل التفرق فقد قبض قبل التفرق وظاهر هذا أنه كلام لغو فان المغايرة بين الشرط والجزاء واجبة فاعلم أن المغايرة تحصل باختلاف الضميرين فالضمير فى قبض الأول عائد على البدل والضمير فى قبض الثانى عائد على المعقود عليه الذى قبضه من حيث هو شرط والله أعلم * والقاضى أبو الطيب ذكر الجملة الأولى وقاسه على المسلم فيه ولم يحتج بعد ذلك أن يصرح بانه إذا قبضه يصح لوضوحه ولم يذكر القبض

ابن كج والامام الاصح أن القول قول الراهن لانه أخبر عما يقدر على انشائه وان سلمهما وقال ما ولدته ولـكن التقطته فالقول قوله وعلى الراهن البينة على الولادة أيضا ولو سلم الولادة وانكر مضى الامكان فالقول قوله أيضا ومهما سلم الامور الأربعة فالقول قول الراهن من غير يمين لانه اذا أقر بأن الولد منه لم يقبل رجوعه فكيف يحلف عليه ولو لم يتعرض المرتهن لهذه الامور منعا وتسليما اقتصر على انكار الاستيلاد فالقول قوله أيضا وعلى الراهن اثبات هذه الوسائط (الثانية) اذا أعتق أو وهب باذن المرتهن بطل حقه من الرهن سواء كان الدين حالا أو مؤجلا وليس عليه أن يجعل قيمته رهنا مكانه ولو باع مايلزمه والدين مؤجل فـكذلك خلافا لأبى حنيفة حيث قال يلزمه أن يرهن ثمنه مكانه أو يقضى الدين * لنا القياس على الاعتاق والهبة ولو كان الدين حالا قضى حقه من ثمنه وحمل إذنه المطلق على البيع فى عرضه لمجئ وقته ولو أذن فى البيع بشرط أن يجعل الثمن رهنا مكانه فقولان سواء كان الدين حالا أو مؤجلا (أحدهما) يصح الاذن والبيع وعلى الراهن الوفاء بالشرط وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى وأصحاب أحمد لأن الرهن قد ينتقل من العين إلى البدل شرعا كما لو أتلف المرهون فجاز أن ينتقل اليه شرطا (وأصحهما) عند المحاملى وصاحب الـكتاب أنها فاسدة (أما) الشرط فلأن الثمن مجهول عند الاذن فأشبه ما اذا أذن بشرط أن يرهن به مالا آخر مجهولا واذا بطل الشرط بطل

قبل التفرق في العلة وكذلك الشيخ أبو حامد فاحتمل كلام المصنف بهذه الزيادة من البحث والتقدير مالم يحتمله كلاهما والله أعلم * ومذهب أحمد فى ذلك كمذهبنا (فان قلت) كيف جزموا بأن له أن يرد ويطالب بالبدل وانما خلاف فى رأس مال السلم أن تعيينه فى المجلس هل يكون كتعيينه فى العقد والأصح على ماقاله الغزالى والرافعى في كتاب السلم أن المعين في المجلس كالمعين فى العقد وأن له المطالبة بعينه عند الفسخ وليس المسلم اليه الاتيان ببدله فهلا كان كذلك ههنا (قلت) قد تخيل ذلك بعض شيوخنا وقال انه يلزم على هذا التقدير أنه إذا وجد به عيباً ورده فى المجلس ألا يجوز له أخذ البدل على وجه كما إذا ورد العقد على عينه قال ولم أره وهذا التخيل ضعيف والأصحاب كلهم مطبقون على الجزم بهذه المسألة وألزموا بها المزنى فى قوله إنه لايرد بعد التفرق وجعلوا هذه المسألة ناقضة لدعوى أن المعين فى المجلس كالمعين فى العقد مطلقا واذا تأملت الفرق بين المعين وما فى الذمة ظهر لك الجواب عن هذا الالزام فان امتناع الاستبدال فى المعين لأنه نقل للعقد من محل إلى محل وليس كذلك في الموصوف بل هو مطالبة بالمستحق فان العقد لم يرد على هذا المقبوض قطعاً (وان قلنا) بانه بعينه قام مقامه تعيينه فى العقد والاكتفاء به وفى الرجوع إلى عينه عند الانفساخ فانه يلزم من ارتفاع العقد ارتفاع الملك فيه لكونه من أثره وانما ورد العقد على الموصوف

الاذن فأنه وقف الاذن على حصول الوثيقة فى البدل واذا بطل الاذن بطل البيع ولو أذن فى الاعتاق وشرط جعل القيمة رهناً أو فى الوطء بهذا الشرط ان أحبل ففيه القولان ولو أذن فى البيع بشرط أن يعجل حقه من ثمنه وهو مؤجل فالمنصوص فساد الاذن والبيع لفساد الشرط *وقال أبو حنيفة والمزنى وأصحاب أحمد يصح الاذن والبيع و يجعل الثمن رهناً مكانه وعن أبي اسحق تخريج قول من المسألة السابقة واحتج المزنى بأن فساد الشرط لايوجب فساد الاذن والبيع ألا ترى أنه لو وكل وكيلا ببيع عبده على أن له عشر ثمنه يصح الاذن والبيع مع أن الشرط فاسد لكون الاجرة مجهولة و يرجع الوكيل الى أجرة المثل وأجاب الاصحاب بأن الموكل لم يجعل لنفسه فى مقابلة الاذن شيئاً وانما شرط للوكيل جعلا مجهولا فاقتصر الفساد عليه وههنا المرتهن شرط لنفسه شيئاً فى مقابلة إذنه وهو تعجيل الحق فاذا فسد فسد مايقابله ولهذا المعنى قدح قادحون فى تخريج أبى اسحق وقالوا الشرط صحيح فى المسألة الاولى على قول فصح الاذن المقابل له وههنا المرتهن شرط لنفسه شيئاً فى مقابلة إذنه وهو تعجيل الحق فالشرط فاسد بالاتفاق فلا يمكن تصحيح مايقابله ولو اختلفا فقال المرتهن أذنت فى البيع بشرط أن ترهن الثمن وقال الراهن بل أذنت مطلقاً فالقول قول المرتهن كما لو اختلفا فى أصل الاذن* ثم ان كان الاختلاف قبل البيع فليس له البيع وان كان بعده وحلف المرتهن

ولا تتعين حقيقته بالقبض والله أعلم * والذي ذكره الأصحاب هنا من الفرق بين ماقبل التفرق وبعده جار بعينه في المسلم فيه كذلك صرح صاحب التتمة والروياني وجزما في السلم والصرف بجواز الاستبدال عند ظهور العيب قبل التفرق وأجرا الخلاف بعده والذي ذكروه في السلم من أنه إذا فسخ بسبب يقتضيه وكان رأس المال موصوفا ثم عجل في المجلس وهو باق له المطالبة بعينه على الأصح تفريعاً على أن له حكم المعين في العقد الذي يظهر بانه يجرى بعينه في الصرف وان لم أره منقولا حتى لو تقايلا في الصرف بعد التفرق لو جرى سبب يقتضي الفسخ كان له الرجوع الى عين العوض الذي سلمه في المجلس فلا منافاة بين هاتين المسألتين فزال الايراد والتخريج الذي يخيل والله أعلم وقد قال المحلي في الذخائر جواز الابدال قبل التفرق بان مافي الذمم باق لاتبرأ بالمعيب صحيح وان جاز رده والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو قبض المعقود عليه في الصرف في الذمة وتلف في المجلس ثم اطلع على عيب فيه وهما في مجلس العقد قال في التهذيب غرم ماتلف عنده ويستبدل *

﴿ فرع ﴾ لاشك أنه لو رضي به بعيبه جاز في هذا القسم اذا كان العيب من جنسه وان اختار أخذ أرشه لم يجز * وقال الحنابلة إن كان من جنسين جاز والله أعلم * هذا كله اذا لم يتفرقا ومن المعلوم أنه يجوز الرضا بالعيب اذا كان العيب من الجنس كرداءة الفضة وما أشبه ذلك والله أعلم * أما إذا تفرقا

فان صححنا الاذن فعلي الراهن رهن الثمن والا فان صدق المشترى المرتهن فالبيع مردود وهو مرهون كما كان وان كذبه نظر ان أنكر أصل الرهن حلف وعلى الراهن أن يرهن قيمته وان أقر بكونه مرهونا وادعى مثل ماادعاه الراهن فعليه رد المبيع ويمين المرتهن حجة عليه أيضاً قال الشيخ أبو حامد ولو أقام المرتهن بينة على أنه كان مرهونا فهو كما لو أقر المشترى به والله أعلم (وقوله) في الكتاب لأنه نقل للوثيقة ليس تعليلا لقول المنع خاصة وانما أشار به الي كلام ذكره الامام وهو أن الخلاف في المسألة يترتب على الخلاف في رهن مايتسارع اليه الفساد بالدين المؤجل فان منعناه بذلك اصرنا الى امتناع نقل الوثيقة من عين الى عين فعلى هذا لايجوز الاذن بشرط النقل وان صححناه وقد احتملنا نقل الوثيقة فيجوز شرطه فهذا ماأراده إلا أن لك أن تمنع قوله اذا منعنا رهنه بالدين المؤجل فذلك لمصيرنا الى امتناع نقل الوثيقة من عين الى عين وتقول بل ذلك لامتناع النقل من غير التعرض للنقل ولهذا يصح رهنه بالدين المؤجل بشرط البيع عند الاشراف على الفساد وههنا وجد التعرض للنقل *

﴿ فرع ﴾ منقول عن الأم لو أذن المرتهن للراهن في ضرب العبد المرهون فهلك في الضرب فلا ضمان عليه لتولده من مأذون فيه كما لو أذن في الوطء وأحبل بخلاف مااذا ضرب الزوج زوجته

ثم ظهر العيب فان كان العيب من حيث اختلاف الجنس بأن يسلمه على أنه دراهم فاذا هى رصاص أو على أنه ذهب فاذا هى تبر والفرض أن العيب الجميع فقد بطل العقد لان الذى قبضه غير العوض الذى وقع عليه العقد ولا يجوز له إمساكه فاذا قد عقد اعقد الصرف وتفرقا قبل القبض فبطل مانص عليه الشافعى رحمه الله فى البويطى واتفق عليه الأصحاب لاخلاف بينهم فيه • وقال أبو على الطبرى انه يبطل قولا واحدا على هذا القول يعني قول منع الاستبدال فاوهم أن فى ذلك خلافا على القول الآخر ولايكاد يصح وكذلك قال القاضي حسين انه لاخلاف فيه والله أعلم • ثم ينظر فان كان العيب فى الكل بطل عقد الصرف لما قلناه وان كان فى بعضه بطل العقد فيه وقال الماوردى وصح فى السلم على الصحيح من المذهب وكان أبو اسحق المروزى رحمه الله يخرجه على قولين من تفريق الصفقة قال وليس بصحيح لان الفساد(١) وانما القولان فيما إذا كان الفساد مقترنا بالصفقة وهذا التخريج الذى قاله أبو اسحق هو الذى جزم به القاضى أبو الطيب والمحاملى وقال الروياني ان تخريجهما على تفريق الصفقة هو اختيار القفال وليس كمسألة العبدين اذا تلف أحدهما قبل القبض حيث لايبطل فى الباقى على الصحيح من المذهب قولا واحداً لأن عدم القبض فى الصرف فساد فى نفس العقد إذ تمام الصرف بالقبض فيكون في الباقى قولان فعلى هذا ان أبطلناه

(١) كذا بالاصل فحرر

أو الامام انسانا تعزيراً لأن المأذون فيه هناك ليس مطلق الضرب وانما هو ضرب التأديب وههنا أيضاً لو قال أدبه فضربه حتى هلك فعليه الضمان •

قال ﴿ والتركة اذا تعلقت بالديون أنها كالمرهون فى منع التصرف فيه • وقيل انه كالعبد الجانى • فان منع منه فظهر دين يرد العوض بالعيب بعد تصرف الورثة في بيعه بالنقص خلاف ﴾ •

لاشك فى أن الديون على المتوفى تتعلق بتركته وفى كون ذلك التعلق مانعاً أوأمن الارث خلاف ذكرناه فى الزكاة و بينا أن الأصح أنه لايمنع وعلى هذا فى كيفيته قولان و يقال وجهان (أحدهما) أنه كتعلق الأرش برقبة الجانى لان كل واحد منهما يثبت شرعا من غير اختيار المالك (والثاني) أنه كتعلق الدين بالمرهون لان الشارع انما أثبت هذا التعلق نظرا للميت لتبرأ ذمته فاللائق به الا يسلط الوارث عليه وهذا أظهر فيما ذكره الامام وغيره فلو أعتق الوارث أو باع وهو معسر لم يصح سواء جعلناه كالعبد الجانى أو كالمرهون ويجيء فى هذا الاعتاق خلاف وان كان موسراً نفذ فى وجه بناء على أن التعلق كتعلق الأرش ولم ينفذ فى وجه بناء على أن التعلق كتعلق الدين بالمرهون وحكى الشيخ أبو علي وجهاً ثالثاً وهو أنهما موقوفان ان قضى الوارث الدين تبينا النفوذ والافلا ولا فرق بين أن يكون الدين مستغرقا للتركة أو أقل منها

فى الـكل رجع بجميع الثمن وان قيل بجوازه فى السليم كان المشترى بالخيـار لتفريق الصفقة عليه بين أن يفسخ فى السليم فيرجع بجميع الثمن أو يمضيه فان أمضاه فى السليم فبماذا يمضيه نظر إن كان الصرف جنساً واحداً أمضاه بحصته من الثمن قاله المحاملى وان كان جنسين فقولان (أحدهما) بحصته (والثانى) بجميع الثمن قاله المحاملى قال الماوردي وكان أبو اسحق يخرج قولا ثانياً أنه يأخذه بجميع الثمن والا فسخ على معني قوله فى تفريق الصفقة قلت وماقل من الحـكم بالصحة محله إذا كان بغير الجنس كالدراهم والدنانير أما فى الجنس الواحد كما مثلناه فى الفرع السـابق فتى أجاز بكل الثمن يدخل فى الـ (١) كما سيأتى نظيره فى الصرف المعين هذا كله إذا كان العيب يخرجها من الجنس وان كان العيب لايخرجها من الجنس بل من حيث رداءة الجوهر وخساسة المعدن أوقبح السكة والطبع فالبيع لايبطل بذلك قولا واحدا ولا خلاف أن له إمساكه والرضا به نص عليه الشـافعى والاصحاب وممن صرح بنفى الخلاف فيه الشيخ أبو حامد وله رده واسترجاع ثمنـه وهل له إبداله لايخلو إما أن يكون العيب بكل العوض أو ببعضه فان كان الـكل معيباً ففيه قولان حكاهما المصنف والاصحاب وهما منصوصان في مختصر المزنى (أصحهما) أن له الاسـتبدال وهو الذى رجحه الشيخ أبو حامد والمحاملى فى المجموع والتجريد والمجرد وأبو الحسن بن خيران فى اللطيف والجرجانى فى المعاياه

(١) كذا بالاصل فحرر

على أظهر الوجهين كما هو قياس الديون والرهون (والثانى) أنه ان كان الدين أقل فقد تصرف الوارث الى أن لايبقى الا قدر الدين لأن الحجر فى مال كثير بشىء حقير بعيد واذاحكمنا ببطلان تصرف الوارث فلو لم يكن فى التركة دين ظاهر فتصرف ثم ظهر دين بان كان قد باع شيئاً وأكل ثمنه فرد بالعيب ولزم رد الثمن أو تردى متردفي بئر كان قد احتفرها عـدواناً فوجهان (أحدهما)أنه يتبين فساد التصرف الحاقاً لما ظهر من الدين بالدين المقارن لتقدم سببه (وأظهرهما) أنه لايتبين لانه كان مسوغاً لهم ظاهراً فعلى هذا ان أدى الوارث الدين فذاك والا فوجهان(أظهرهما) أنه يفسخ ذلك التصرف ليصل المستحق الى حقه (والثانى) لايفسخ ولـكن يطالب الوارث بالدين ويجعل كالضامن وعلي كل حال فللوارث ان يمسك عين التركة ويؤدى الديون من خالص ماله نعم لو كانت الديون أكثر من التركة فقال الوارث أخذها بقيمتها والتمس الغرماء بيعها على توقع زيادة راغب فوجهان بنوهما على أن السيد يفدى العبد الجانى بأرش الجناية أو بأقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية والاصح أن المجاب هو الوارث لأن الظاهر أنها لاتشترى بأكثر من القيمة وفى تعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالـكسب والنتاج خلاف يتفرع على مامر أن الدين هل يمنع الميراث إن منعه ثبت التعلق والافلا (وقوله) في بيعه بالنقص خلاف أراد به أنا هل نتبين الفساد علي

والخوارزمى فى الكافى والغزالى فى الخلاصة والبغوى فى التهذيب والرافعى وغيرهم وهو قول أبى يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل فى أصح روايتيه وروى ذلك عن الحسن وقتادة * واحتج الأصحاب له بالقياس الذى ذكره المصنف وهو مأخوذ من كلام الشافعى رضى الله عنه فانه قال فى المختصر لانه بيع صفة أجازها المسلمون إذا قبضت قبل التفرق ويشبه أن يكون من حجته كما لو اشترى سلماً بصفة ثم قبضه فاصاب به عيباً أخذ صاحبه بمثله وهذا القياس الذي ذكره الشافعى رحمه الله وجه الشبه فيه ظاهر فان كلا منهما موصوف فى الذمة وقد تعين بالقبض لكن للمزني أن يقول إن التعيين بعد التفرق لا يصيره كالمعين فى العقد فلهذا جاز إبدال المسلم فيه ولو فرضنا أن المسلم فيه حصل قبضه فى مجلس عقد السلم ثم اطلع على عيب فيه بعد التفرق يجوز إبداله أيضاً فان إقباضه فى المجلس لا يكون واجبا كاقباض من عوض الصرف فلا فرق بين إقباضه فى المجلس وبعده بخلاف الصرف فزاد الشيخ فى القياس تبعاً للشيخ أبى حامد كلمة على سبيل الالزام للمزنى فجعل الجامع بينه وبين المسلم فيه جواز الابدال قبل التفرق وجعله ملزوما بجواز الابدال بعده ولا يمكن المزنى أن يعترض عليه بما قدمته لأنه يلزمه أن يقول بعد جواز الابدال فى الصرف قبل التفرق وهو لا يقول به وهذا القياس أحد أنواع قياس الدلالة وهو أعني هذا النوع منه أن يستدل بالنظير على النظير كقوله من صح

ماهو مبين الوسيط ويمكن حمله على الخلاف فى أنا هل نفسخه تفريعاً على الصحة واللفظ أقرب اليه ولا يخفى أنه ليس لهذا الفصل كبير تعلق بباب الرهن ولا شبه لهذا الموضع لكن صاحب الكتاب اقتدى بامام الحرمين فى إبداع هذا الباب إلا أنه رسمه فرعا فى آخره *

قال ﴿ الطرف الثانى * جانب المرتهن * وهو مستحق إدامة اليد ولا تزال يده الا لأجل الانتفاع (ح) نهاراً ثم يرد عليه ليلا * ولو شرط التعديل على يد ثالث ليثقوا كل واحد به جاز * ثم ليس للعدل تسليمه الى أحدهما دون إذن صاحبه * فان فعل ضمن للآخر * ولو تغير حاله بالفسق أو بالزيادة فيه فلكل واحد طلب التحويل منه إلى عدل آخر ﴾ *

اليد فى الرهن بعد لزومه مستحقه للمرتهن فان قوام التوثق بها ولا تزال يده للانتفاع كما سبق ثم يرد اليه ليلا وان كان العبد ممن يعمل بالليل كالحارس فيرد اليه نهارا ولو شرطا فى الابتداء وضعه فى يد ثالث جاز فربما لا يثق أحدهما بالآخر ويثقان به ولو شرط وضعه عند اثنين فان نصا على أن لكل واحد منهما الانفراد بالحفظ أو على أن يحفظاه معاً فى حرز اتبع الشرط وان أطلقا فوجهان لابن سريج (أصحهما) أنه ليس لأحدهما أن ينفرد بالحفظ كما لو أوصي الى رجلين أو وكل رجلين بشئ لا يستقل أحدهما فعلى هذا يجعلانه فى حرز لهما (والثانى) يجوز الانفراد كيلا يشق عليهما فعلي هذا ان اتفقا

طلاقه صح ظهاره كالمسلم فان الطلاق نظير الظهار فيبدل أحدهما على الآخر كذلك هنا الابدال بعد التفرق فيبدل أحدهما علي الآخر وهذا الابدال بعد التفرق نظير الابدال قبل التفرق لكن للمزنى أن يقطع النظير و يقول ان الابدال قبل التفرق لايلزم منه محظور بخلاف الابدال بعد التفرق فانه يلزم منه حصول التقابض بعد التفرقة والتسوية بينهما فى السلم لامحظور فيهما أيضاً ولايلزم من استوائهما فى السلم استواءهما فى الصرف إلا بعد بيان استواء حكم السلم والصرف وانه غير ثابت فتنتفى الدلالة وفى كلام الشيخ أبي حامد زيادة يندفع بها هذا السؤال وهوانه قال اذ لولم يجز الرد بعد المجلس لماجاز فيه كالمعين بالعقد وهذه الزيادة كافية من غير قياس على السلم فيه وللمزنى أن يمنع الملازمة والقياس على المعين بالعقد فان الامتناع فيه لأجل نقل العقد من محل الى محل وهو مشترك بين ماقبل التفرق و بعده وأما الموصوف فالمنع فيه عنده بعد التفرق لعلة قاصرة عليه وهو كونه قصر القبض فى الصرف بعد التفرق وهذا منتف فلا يصح القياس ولهذا قال فى تعليق الطبرى على القول الذى اختاره المزنى فى التسوية بين المعين والموصوف انهما متفقان فى الجواز مختلفان فى الاعتلال قال لان فى بيوع الاعيان انما لم يجعل له الاستبدال لان العقد وقع بعينه وفيما اذا كان موصوفا فى الذمة انما لم يجعل له الاستبدال لانه كان يؤدى الى ان يقع التقابض بعد الافتراق فيؤدى الى دخول الربا فيه

على كونه عند أحدهما فذاك وان تنازعا والرهن مما ينقسم قسم وحفظ كل واحد نصفه وان كان مما لاينقسم حفظه هذا مدة وهذا مدة ولو قسماه بالتراضي والتفريع على الوجه الثانى ثم أراد أحدهما أن يرد مافى يده على صاحبه ففى جوازه وجهان لابن سريج وجه المنع أن المشقة قد اندفعت بما جرى واذا أراد العدل الذى وضع الراهن عنده رده اليهما أو الى وكيلهما فان كان غائبين ولاوكيل فهو كرد الوديعة وسيأتي وليس له دفعه الى أحدهما دون إذن الآخر فان فعل ضمن واسترد منه ان كان باقياً وان تلف فى يد المدفوع له نظر ان دفعه الى الراهن رجع المرتهن بكمال قيمته وان زادت على حقه ليكون رهنا مكانه و يغرم من شاء من العدل والراهن والقرار على الراهن فان غرم العدل فله ان يكلف الراهن قضاء الدين لفك المأخوذ منه وان دفعه الى المرتهن فللراهن أن يغرم من شاء من العدل والمرتهن قيمته ليكون رهنا والقرار على المرتهن فان كان الحق حالا والدين من جنس القيمة وقع الكلام فى التقاضى ولو غصب المرتهن الرهن من يد العدل ضمن فلو رده اليه بريء وحكي الامام فى النهاية وجها أنه لايبرأ إلا بالرد الى المالك أو بإذن جديد للعدل فى أخذه والمذهب الاول وكذلك الجواب لو غصب الوديعة من المودع أو العين المكراة من المكترى أو الرهن من المرتهن ثم رد اليهم ولوغصب اللقطة من الملتقط لم يبرأ بالرد اليه ولو غصب من المستعير أو المستام ثم رد فوجهان لأنهما مأذونان من

وأشار

فأشار رحمه الله بهذا الي خلاف العلة ومع اختلاف العلة لايصح القيـاس والله أعلم * فلم يبق إلا النظر فى دليل المزنى فان لم يسلم فالقياس يقتضى جواز الابدال مطلقا فلنذكر ماذهب اليه المزنى وتوجيهه وهو القول الاخير من القولين اللذين نص عليهما الشافعى أنه ليس له الاستبدال قال الشافعى كالجواب فى المعين ورجح المزني هذا القول فلهذا نسبت البحث المتقدم اليه وممن رجحه أبو على العـارفى تلميذ المصنف والروياني فى الحلية والبحر قال انه الصحيح ونسبه صاحب العدة الى أبي حنيفة وابن أبي عصرون فى الانتصار والمرشد وجزم به الفوراني والقاضى حسين قال إمام الحرمين رحمه الله وعبر الأئمة عن حقيقة القولين فقالوا اذا فرض رد على قصد الاستبدال فتبين أن القبض الذى هو ركن العقد لم يجر أم لايستند البعض الى ماتقدم من القبض فعلى قولين وهذا بمثابة الاختلاف فى نظير هذا من السلم فلو اسلم رجل فى جارية ثم قبض جارية فوجدها دون الوصف فان قنع بهـا فذاك وان ردها فلا شك أنه يطلب جارية على الوصف المستحق ولـكن المسلم اليه هل يجب عليه استبراء الجارية التى ردت عليه فعلى قولين مأخوذين من الأصلين اللذين مهدنا الآن اه قال المزنى فى المختصر بعد حكاية كلام الشافعى رحمه الله إذا كان بيع الاعيان والصفات من الدينار بالدراهم فيما يجوز بالقبض قبـل الافتراق سواء وفيما يفسد به البيع من الافتراق قبل القبض سواء لزم عندى أن يكون فى حكم العيب بعد القبض سواء وقد قال يرد الدرهم بحصته من الدينار قال الشيخ أبو حامد وغيره للقول الذى اختاره المزنى ثلاثة أدلة (أحدها) أنا إذا جوزنا الاستبدال فانه يرد المعيب و يأخذ العوض الذى استحقه بالعقد فيكون ذلك قبضاً لعوض الصرف بعد التفرق وهذا يوجب فساد عقد الصرف فوجب أن لايجوز وقال الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البندنيجى إن هـذه العلة أجود الثلاثة وهي التى أشار اليها إمام الحرمين في كلامه المتقدم (الثانى) أن ماعين بالقبض بمنزلة ماعين بالعقد بدليل أنه يتعين به كما يتعين المعين بالعقد (الثالث) دلالة المزني يعنى فى الـكلام المتقدم ومعناه التسوية بين الصرف المعين والصرف فى الذمة فى الاستبدال قياساً على استوائهما فى التقابض والتفرق وأجاب الشيخ أبو حامد والأصحاب عن

جهة المالك لـكنهما ضامنان ولو اتفق المتراهنان علي نقل الرهن الى يد عدل آخر جاز فأن طلبه أحدهما فلا يجاب إلا أن يتغير حاله بفسق أو بضعف عن الحفظ أو يحدث بينه و بين أحدهما عداوة فيطلب نقله فحينئذ ينقل إلى يد آخر يتفقان عليه فأن تشاحا وضعه الحاكم عند من يراه فلو كان من وضعاه عنده فاسقا فى الابتداء فازداد فسقا فهو كما لو كان عدلا ففسق وكذا لو مات وأراد أحدهما اخراجه من يد وارثه وكذا لو كان فى يد المرتهن فتغير حاله أو مات كان للراهن نقله وفى النهاية نقل وجه أنه إذا مات المرتهن لاتزال يد ورثته ولـكن إذا لم يرض الراهن بيدهم ضم القاضى اليهم مشرفا

الأول بأن القبض الذى حصل كان قبضاً صحيحاً بدليل أنهما لماتفرقا لم يبطل العقدويجوز إمساكه بلا خلاف ولو تلف لـكان من ضمان القابض فالقبض صحيح لـكن هو جائز وليس بلازم فاذاأراد الرد فانه يفسخ العقد فى الحال لأن الفسخ رفع العقد من حينه زاد المحاملى وقام القبض الثاني مقامه فهما قبضان تعقب أحدهمـا الآخر فلم يكن فى ذلك تفرق قبل القبض يوجه(وأما) الثانى فباطل إذا وجد العيب قبل التفرق فانه قد يعين بالقبض كما يعين بالعقد ثم له الاستبدال وان لم يكن له ذلك فى المعين بالعقد لأنه يطلب منه غير ماابتاعه قال وماقاله المزنى ينكسر بالاستبدال فى المجلس لأنهمااتفقا فيما قال وافترقا فى ذلك فهذا ماذكره المزنى وجوابه وأنت اذا تأملت ذلك وجدته جوابا إلزاميا فانهم وجدوا المزنى وافق على أنه يجوز الابدال قبل التفرق هكذا أومأ اليه كل من تكلم فى المسألة ورأيت ذلك عنه فى تعليق الطبرى عن أبى على بن أبى هريرة صريحا ووافق أيضاً على أنه يجوز له إمساكه كما يقتضيه كلام الشيخ أبى حامد وغيره فلزمه يقتضي ذلك والا فلو أن ذاهباً ذهب الى أنه اذا خرج معيبا بعد التفرق بان بطلان العقد كان للبحث فيه مجال فان أصحابنا ذكروا خلافا فى السلم فى أن المعيب المقبوض هل يملك من حين القبض أم لايملك إلا من حين الرضى بالعيب وخرجوا على ذلك مسائل وكذلك قال امام الحرمين فانه قال فيما اذا قبض فى الصرف ثم ظهر العيب قبل التفرق أنه بان أن المقبوض ليس ذلك الموصوف فى الذمة فكأن القابض لم يقبض والمجلس بعد جامع هذا توجيه امام الحرمين لجواز الابدال قبل التفرق فكان على مقتضى ذلك ينبغى اذا قبض المعيب فى عقد الصرف من غير علم بالعيب أن لايملكه قبل العلم به على أحد القولين فاذا تفرقا والحالة هذه بطل العقد والعذر عن هذا أن الخلاف فى أن المعيب المقبوض هل يملك من حين القبض أو من حين الرضى يدل أن لايؤخذ بظاهره بل يكون معناه اللهم الا ان يقال ان المعتبر فى الصرف التقابض لاحصول الملك به وهذا التقابض جرى صحيحا بدليل حصول الملك عند الرضى بلاخلاف ولو لم يكن القبض صحيحا لااحتاج الى قبض ثان وحينئذ يستقيم كلام الاصحاب ولايبقى تناقض بين ماجزموا به وبين مااختلفوا فيه ولامانع يمنع من ذلك فان الشرط فى الربويات حصول التقابض وقد وجد ذلك والله اعلم * قال امام الحرمين رحمه الله فان قلت الصرف أضيق من غيره ونص الشرع يقتضى أن لايبقى بينهما علقة اصلا والملك اقوى العلق وان كان الامر كذلك لـكن الامور التى سبق اعتبارها

واذا ادعى العدل هلاك الرهن فى يده أو رده فالقول قوله مع يمينه كالمودع ولو أتلف الرهن عمدا أخذت منه القيمة ووضعت عند آخر ولو أتلفه مخطئا أو أتلفه غيره أخذت القيمة ووضعت عنده هكذا ذكره الأكثرون وفرقوا بينه و بين ما اذا كان مأذونا فى بيعه حيث لايتمكن من بيع القيمة المأخوذة بان

تغتفر حصول العلم بكون المقبوض لاعيب فيه مما يشق فلذلك لم يشترط وصحح العقد بالتفرق على هذه الصورة والله أعلم * وقال القاضي حسين ان القولين يلتقيان علي أصل وهو أن المستوفى عن الذمة إذا رد بالعيب هل يجعل كأنه لم يوجد الأخذ أولا أوكأنه وجد وزال الملك عنه ثم تجدد الملك ثانياً بالرد وفيه قولان فائدتهما في مسألتين (إحداهما) إذا كان المسلم فيه جارية فردها بعيب هل يجب استبراؤها (الثانية) اذا كان المسلم فيه عبداً فاستكسبه وأخذ كسبه وغلته ثم رده بعيب فهل يجب رد الكسب والغلة فعلى القولين قال القاضي حسين رحمه الله إن قلنا بأنه جعل كأنه لم يوجد القبض والأخذ فههنا ينفسخ العقد لأنه حصل التفرق بينهما قبل القبض في مجلس العقد وان قلنا هذا ملك آخر وتجدد الملك به فلا ينفسخ العقد به وهذان القولان اللذان نقلهما القاضي وان كانا قد تبين من القولين اللذين حكيناهما عن الاصحاب في أنه هل يملك المعيب من حين القبض أو من حين الرضى فهما غيرهما ولا يرد عليهما السؤال كما ورد على قائل القولين لأن كلام القاضي مفروض فيما إذا رد واحد البدل هل يقول إنه انتقض الملك في الاول ويثبت في البدل أو يقدر أنه لم يوجد الملك في الأول أصلا وهذا أمر تقديري لأنه بطريق اليقين وهو في الحقيقة يدل إلى القول بأن الفسخ يرفع العقد من أصله فكذلك هذا رفع حكم القبض من أصله والقائل الآخر يرفعه من حينه فكذلك تقول إنه زال الملك في الاول وعاد في الثاني هكذا ينبغي أن يفهم كلام القاضي وليس يلزم اثبات خلاف في أنه إذا لم يرد ورضي بالعيب في حصول الملك من حين الرضى أو من حين القبض فذلك الخلاف علي الأصح الذي أورده القاضي سالم على الأشكال . وإنما ورد على من غيره بالعبارة الأولى وقد أورد أبو علي الفارقي على المصنف فقال إطلاق الابدال على مايوجد عما في الذمة لايجوز فان الاجماع منعقد على أنه لايجوز ابدال المسلم فيه قبل قبضه * قال (فان قيل) لو لم يكن المقبوض بدلا عما ثبت في الذمة لكان إذا تلف في يده يلزمه قيمته ولا يرجع بماله في الذمة (قلنا) إنما يسقط حقه بما في الذمة إذا تلف المقبوض لأنه قبضه بصفة المسلم فيه لا لأنه بدل عنه ولهذا لو قبضه على أنه بصفته ثم وجده معيبا فرضي به جاز وما كان بطريق البدل بل لانه أخذ على أنه بصفة ماله في الذمة فكذلك إذا تلف فعلى هذا الصحيح قول المزني . وهو أنه لايجوز الابدال بعد التفرق لانه يصير القبض في المستحق واقعا بعد التفرق . وذلك لايجوز بحال اه وما ذكره مبني على أن المراد إبدال مافي الذمة وليس كذلك بل المراد أن الذي يؤخذ ثانيا بدل عن المأخوذ أولا

المأذون في بيع شيء لا يكون ماذونا في بيع بدله والمستحفظ في شيء يكون مستحفظا في بدله وهذا غير محل الكلام وضعفه ذهب الامام الى أنه لابد من استحفاظ جديد وقياسه أن يقال لو كان الرهن في يد المرتهن فاتلف وأخذ بدله كان للراهن الا يرضى بيده في البدل (وقوله) في

فالابدال للمقبوض عما فى الذمة لا لما فى الذمة والممتنع فى السلم ابدال مافى الذمة . فأين أحدهما من الآخر ، واعلم أن مافى الذمة موصوف ينطلق على أفراد كثيرة كالمبهم بينها ولا يتأتى تسليمه كذلك لكنه يعينه فى فرد من افراده فيتعين فيه ويكون مسلما لمافى الذمة فى ضمن ذلك المعين اذلا يتأتى تسليم مافى الذمة مجردا فاذا رد ذلك المعين وأخذ البدل فقد انتقض ذلك التعيين وانتقل الى معين آخر ومافى الذمة صادق عليهما لم يقع فيه ابدال وانما الابدال لقيام المعين الثانى مقام المعين الاول وليس المعنى بالابدال ههنا المبادلة والاعتياض وانما المراد أخذ مايسد مسد الاول فقد بان أن الذى ذكره الفارقى وفرع عليه ترجيح قول المزني غير متوجه والله أعلم *

﴿ التفريع ﴾ إذا قلنا بالصحيح وهو جواز الاستبدال بعد التفرق فأنه يرد ويأخذ بدله فى المجلس كذلك قال الشيخ أبو حامد ويوافقه ماتقدم من قول المحاملى أنهما قبضان تعقب أحدهما الآخر وبه صرح الغزالى فى الخلاصة والبغوى فى التهذيب وحكى القاضى حسين فى تعليقه مع ذلك وجها أنه لايشترط إلا ان وجد في العقد الأول وقد (١) ولا خيار فى الفسخ واسترجعا الثمن على هذا القول قال الماوردي وابن الصباغ وغيرهما من غير أرش قال القاضى أبو الطيب، أن له رد واسترجاع ثمنه وكذلك الروياني ! فى البحر ذكر أن له فسخ العقد ومال ابن الرفعة الى ما قاله الماوردى فى ذلك من غير أن يقف عليه ونقله عن صاحب التتمة لأن المعقود عليه باق فى الذمة كما فى المسلم فيه إذا رد بسبب العيب ثم ذكر أنه يشكل على بناء الأمام فأنا إنما جوزنا الأبدال بناء على أنه ملك بالقبض ومتى ملك المعيب بالقبض امتنع ان يكون باقيا فى الذمة والأصح ماقاله الماوردى وابن الصباغ وممن جزم به ابن أبي عصرون فى الأنتصار والله أعلم * وان قلنا بالقول الآخر فيخير بين أن يرضى به معيبا وان يرده ويفسخ العقد ويرجع بما دفع كالصرف المعين فان أراد أن يمسك البعض ويرد البعض ففيه وجهان مذكوران فى تعليق ابن أبي هريرة (احدهما) لاسبيل له الى ذلك . قال وهو أقوى (والثانى) له ذلك على قول من يفرق الصفقة . ومن أصحابنا من قال قولا واحداً ان لاسبيل له إلى ذلك فهذه طريقان فى جواز رد البعض اذا كان الكل معيبا وهما غريبان لم أرهما الافى تعليق أبى على الطبرى عن ابن أبى هريرة هذا اذا كان الكل معيبا فأن كان العيب ببعضه وفرض أن العيب لايخرجها من الجنس فقد بناه الأصحاب والشيخ أبو حامد والقاضى والمحاملى على القولين السابقين ان قلنا هناك

(١) كذا بالاصل فحرر

الكتاب فان تغير حاله بالفسق لايمكن صرف الكناية فيه الى العدل فى قوله ثم ليس للعدل تسليمه لان العدل لايكون فاسقاً حتى يتغير حاله بالزيادة فيه بل هى منصرفة الى الثالث فى قوله علي يد ثالث وما أشبه ذلك *

له الاستبدال فههنا لهأن يرد القدر الذى هو معيب ويطالبه ببدله سليما. وقال المحاملى إنه ههناأولى . وعبارتهم مشعرة بانه ليس له أن يردالجميع وبه صرح فى تعليق ابىعلى الطبرى فانهقال فيما اذا وجد بعضه جيدا وبعضه رديئا أنه ليس لهأن يرد الجيد و يكون له الردىء بالخيار بينأن يرضى به و بين أن يستبدل وهو يوافق ماقدمناه أنه لاخيار له اذا كان الكل معيبا وقلنا بجواز الاستبدال وان قلنا انه ليس له الاستبدال فيما اذا كان كله معيبا فههنا كذلك ونقلت من خط سليم الدار عن الشيخ أبى حامد أنه ههنا أولى فأن اختار إمساكه فلا كلام وإن اختار الرد بالعيب نظرت فأن رد الكل كان له ذلك وان اجاز رد البعض الذى هو معيب وامساكه السليم بني على تفريق الصفقة . فأن قلنا لايجوز تبعيض الصفقة لم يجز فيخير بين الأمساك بجميع الثمن والرد وليس له البدل وان قلنا تبعض الصفقة يجوز رد ذلك القدر بالعيب و إمساك السليم . ويخير بين ثلاثة أشياء امساك الكل ورده وامساك السليم بالحصة قولا واحدا كذلك بناه الشيخ أبو حامد وأبو على الطبرى والمحاملى والماوردى والشاشى والبغوى . واذا أمسك السليم أمسكه بالحصة قولا واحدا . قاله المحاملى قال لأن العيب من جنسه وفى هذا التعليل نظر فيحصل فى هذا القسم الآخر وهو ماذا أصاب ببعض مامعه بعد التفرق ثلاثة أقوال جمعها الشافعى رحمه الله فى المختصر ولخصها الاصحاب (أحدها) أنه يبدل البعض المعيب (والثانى) (والثالث) قولا تفريق الصفقة فعلى قول ليس له أن يبدل ولكنه ان شاء رد الكل واسترجع الثمن وان شاء رضى به بجميع الثمن فيكون بالخيار بين شيئين وعلى قول الصفقه فى الرد فأن شاء رد البعض و إمساك الباقى بحصته من الثمن وأن شاء رد الجميع أو أمسك الجميع فهو مخير بين ثلاثة أشياء والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ لوظهر العيب بعد التصرف و بعد تلف المقبوض المعيب ذكر فى التهذيب أنه ان جوزنا الاستبدال غرم ماتلف عنده ويستبدل وان لم نجوز الاستبدال فان كان الجنس مختلفا يسترد من الثمن بقدر العيب وان كان الجنس متفقا فعلى الاوجه الثلاثة يعني التي نقلها عنه فى نظيره فى الصرف المعين (وأصحها) عنده انه ياخذ الارش وبه جزم القاضى حسين فى الصرف المعين خلافا لما جزم به كثيرون كما ستعرفه ان شاء الله تعالى * وقد أطلق الماوردى أنه اذا اشترى ديناراً فقبضه ثم وجده معيباً بعد تلفه أنه اذا اشتراه بجنسه لايجوز الرجوع بالارش و بغير جنسه فيه وجهان وسيأتى ذكرهما مبسوطان فى الصرف المعين * ثم قال بعد ذلك تفريعاً على امتناع أخذ الأرش فاذا رد مثل الدينار المعيب فيما له

قال ﴿ وللمرتهن استحقاق البيع تقدماً به على الغرماء عند حلول الدين ولكن لايستقل به دون اذن الراهن * بل يرفع الى القاضى حتى يطالب الراهن أو يكلفه البيع * ولو أذن للعدل وقت الرهن فى البيع لم يجب مراجعته ثانيا على الاصح * ولو ضاع الثمن فى يد العدل فهو أمانة

مثل أو رد قيمته ورقا فيما ليس له مثل نظر فان كان قد اشترى الدينار الذى بان عيبه بعينه لم يكن له المطالبة ببدله وان كان اشتراه فى الذمة من غير متعين فهل له الرجوع ببدله سليما فيه قولان مضيا فأفهم كلام الماوردى امتناع أخذ الأرش فيما نحن فيه فى الجنس الواحد وجريان الخلاف فيه فى الجنسين كما سيأتى فى الصرف المعين والله أعلم * وهو عكس ماقاله صاحب التهذيب هذا كله فى مسألة الكتاب وهى ماإذا كان الصرف فى الذمة ومثله جار فيما اذا كان أحد العوضين موصوفا والآخر معينا أما اذا كانا معينين فقد ذكرها المصنف فى التنبيه ولم يذكرها ههنا * وتلخيص القول أن الصرف قسمان * صرف للنقد بغير جنسه كالدراهم بالدنانير فالعيب إما أن يكون من الجنس أولا فان كان من غير الجنس فاما أن يكون بالكل أو بالبعض فان كان بالكل كما اذ اشترى دنانير فخرجت نحاساً فقد نص الشافعى رضى الله عنه على أن العقد باطل وتبعه على ذلك معظم الأصحاب كالشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى فى المجموع والتجريد والمجرد والماوردى وابن الصباغ والرويانى والشاشى وغيرهم عن أبى على الطبرى فى الافصاح أنه قال من أصحابنا من قال البيع صحيح ويثبت فيه الخيار لأن العقد قدر على عينه وهى رواية عن أحمد وهو مخالف لنص الشافعى فانه قال فى كتاب الصرف من الام * وان كان رأى من قبل أنه نحاس أو شئ غير فضة فلا يكون للمشترى أن يقبله من قبل أنه غير ما اشترى والبيع منتقض بينهما قال القاضى أبو الطيب هذا نص يبطل كل تخريج * قال الرافعى وهذا اذا كان له قيمة فان لم يكن لم يجئ هذا الخلاف * وفى مذهب أحمد رواية ثالثة ضعيفة عن أحمد أن العقد صحيح لازم وليس له رد ولا بدل وهو بعيد والله أعلم * قال الشيخ أبو حامد لم يقتصر الشافعى على بطلان البيع باختلاف إلا فى هذا الموضع وجعل القاضى حسين الخلاف فى ذلك قولين وهو غريب أو توسع فى الاطلاق ولهذه المسألة أمثلة يجمعها الاختلاف فى النظر الى الاشارة أو العبارة (منها) اذا قال بعتك هذه البغلة فخرجت حمارا وفى البغال نوع يشبه الحمير يكون بطبرستان (ومنها) اذا اشترى ثوبا على أنه من قطن فاذا هو كتان نقله أبو حامد وابن الصباغ عن الاصحاب أو على أنه قز فخرج كتاناً لأن الكتان الخام يشبه القز * قاله القاضى أبو الطيب (ومنها) اذا اشترى فصا على أنه ياقوت فخرج زجاجا * نقله الجوزى عن الشافعى * (ومنها) إذ اشترى غلاما فكان جارية قاله الماوردي فى آخر شطر من باب الربا ففي هذه الصور كلها البيع باطل على

فان سلم الى المرتهن باذن الراهن ولكن أنكرا تسليمه فهو ضامن * فان صدقه الراهن ففى ضمانه لتقصيره فى الاشهاد خلاف * ولا يبيع العدل الا بثمن المثل * فان طلب بزيادة فى مجلس العقد حول العقد الى الطالب ﴾*

المذهب * وفيه الوجه الذى تقدمت حكايته وينبغى أن يكون محل الوجه الذي حكاه صاحب الافصاح ماذا اجرى العقد بلفظ البيع أما اذا اجرى بلفظ الصرف فيبطل قولا واحداً لان بيع النقد بالنحاس لا يشمله اسم الصرف والله أعلم * نان قلنا بالصحة قال القاضي حسين فحكمه حكم ما اذا كان العيب من جنسه فان رضى به فذاك وان رده ينفسخ العقد و يأخذ مادفعه اليه وليس له الاستبدال وهذه الصورة التى حكم فيها بالبطلان شرطها أن يقع الاختلاف فى الجنس كما رأيت أما لو وقع الاختلاف مع اتحاد الجنس فلا يبطل كما اذا اشترى دنانير على أنها مغربية فخرجت مشرقية أو على أنها ذهب أحمر فخرجت أصفر أو ثوبا على أنه هروى فاذا هو غير هروى صرح به الماوردى وقد ذكر المصنف بعض هذه المسائل فى باب بيع المصراة وذكر فيها وجهين والقاضى حسين ذكر ذلك قولين ولعله أثبت ماحكاه صاحب الافصاح قولا . وقد وقع فى الكفاية لابن الرفعة وهم فى النقل عن أبي الطيب والماوردي فى الأجازة بكل الثمن أو بالقسط فقال عن الماودى انه جزم بالقسط وعن أبي الطيب أنه خرجه على الخلاف وذلك تخليط نشأ من عدم التمييز بين الاقسام واختلاف أبى الطيب والماوردى ليس فى هذا القسم بل فى قسم يأتى بعد ذلك هذا اذا كان العيب بالجميع أما اذا كان ببعضها والفرض أنه من غير الجنس كما إذا اشترى دراهم فوجد بعضها نحاسا بطل البيع فى النحاس على ماتقدم وفى الباقى قولا تفريق الصفقة فأن قلنا لا تفريق بطل فى الجميع واسترد جملة الثمن وان قلنا يفرق وهو الصحيح كان له امساك الباقى · وبماذا يمسكه وفرض المسألة فى صرف النقد بغير جنسه هل يمسك الباقي بحصته من الثمن أو بالجميع فيه قولان حكاهما القاضى أبو الطيب والماوردى وآخرون وهما القولان فيما عداها من صور تفريق الصفقة والأصح أنه يأخذه بالحصة فعلى هذا يثبت له الخيار لأن الصفقة قد تفرقت عليه وممن صرح بذلك القاضى أبو الطيب والماوردى وان كان العيب من جنس المعقود عليه كخشونة الفضة ورداءة المعدن وما أشبه ذلك فالبيع صحيح لما تقدم التنبيه عليه ثم إما أن يظهر العيب والمعيب باق أو بعد تلفه فأن ظهر والمعيب باق فهو بالخيار بين أن يرد و يسترجع الثمن و بين أن يرضى به * نص عليه الشافعي والأصحاب . وحكم الرد انفساخ العقد . وليس له أن يطالب ببدله ولا يستبدل عنه قولا واحدا سواء قبل التفرق و بعده فأن مورد العقد معين اتفقت كلمة الأصحاب على ذلك . ولا أن يأخذ أرش المعيب لأن الأرش لا يستحق مع القدرة على الرد قاله الماوردى وغيره وذلك معروف فى موضعه وسيأتى إن شاء الله تعالى تفاصيل ذلك وأحكامه فى

المرتهن يستحق بيع المرهون عند الحاجة ويتقدم بثمنه على سائر الغرماء وانما يبيعه الراهن أو وكيله باذن المرتهن فلو لم يأذن المرتهن وإن أراد الراهن بيعه وأبى المرتهن قال له القاضي ائذن فى بيعه وخذ حقك من ثمنه أو ابراه و إن طلب المرتهن البيع وابى الراهن ولم يقبض الدين أجبره الحاكم على قضائه أو

باب الرد بالعيب ومذهب أحمد فى هذا القسم أنه يجوز أخذ الأرش فى المجلس والفرض فى صرف النقد بغير جنسه ولا يجوز بعد المجلس إلا أن يجعل الارش فى غير الاثمان إذا ثبت ذلك فأن كان العيب بالجميع كان بالخيار بين رده و بين الرضى به معيبا بالثمن كله. وان كان العيب بالبعض كان له در الجميع لوجود العيب فى الصفقة. وحكى الغزالى رحمه الله فى الوسيط وجها فى مسألة العبدين أنه لا يردها الا إذا كانا معيبين وسأتكلم على ذلك فى باب الرد بالعيب ان شاء الله تعالى. وهل له أن يرد المعيب و يمسك السليم. قال الشافعى رحمه الله فى كتاب الصرف من الام فأن رده رد البيع كله لأنها صفقة واحدة. وهذا الكلام قد يوهم أنه ليس له التفريق وهو الذى جزم به الشيخ أبو حامد فى مسألة العبدين وأكثر الأصحاب أطبقوا على تخريجه على قولى تفريق الصفقة فى الدوام. وسيأتى التنبيه فى باب الرد بالعيب على أن الصحيح عدم التفريق هنا. وان كان الصحيح أن الصفقة تفرق فالخلاف وان كان مخرجا على الخلاف لكن الصحيح غير الصحيح. فان قلنا لا يتبعض كلا ويتخير بين شيئين امساك الجميع ورد الجميع وان قلنا تفرق فان قلنا أنه يخير بحصته من الثمن كان له در المعيب وامساك السليم بحصته من الثمن وان قلنا يخير بكل الثمن لم يكن حظه فى رد المعين لأنه لا يسترجع بأزائه من الثمن شيئا فيكون رده سفها لأن تبقيته على ملكه أصلح له من رده. هكذا قال القاضى ابو الطيب. وليس فى هذا اللفظ بيان أنه هل يمتنع عليه افراد المعيب بالرد على قول الاجازة بكل الثمن لافضائه إلى هذا المحذور أو أنه يجوز له رده وامساك السليم لأن القعد قد صح على الكل فاذا ارتفع في بعضه يسقط بقدره من الثمن بخلاف تفريق الصفقة فى الابتداء ولا يجرى قول الأجارة بالكل ههنا. الأول مقتضى كلام الشيخ أبى حامد والمحاملى فى المجموع والجرجانى فأنهم قالوا. واللفظ الثانى هو مقتضى كلام المحاملى فى التجريد فأنه قال إن قلنا تفرق الصفقة فله رد المعيب وإمساك السليم بحصته من الثمن قولا واحدا. وكذلك قال الماوردي وصاحب التهذيب. وعبارة الرافعى قريبة منهم. ذكر ذلك فى فروع فى آخر باب الرد بالعيب وهو الأقرب. فعلى الأول يخير بين شيئين خاصة رد الجميع وإمساك الجميع ويمتنع عليه التفريق لهذا المحذور. وعلى الثانى يكون مخيرا بين ثلاثة رد الجميع وامساك الجميع وامساك السليم بالحصة ليس الاوهو الذى صرح به الماوردى والمحاملى قال الماوردى (فأن قيل) مالفرق بين هذا حيث أخذه بحسابه

البيع إما بنفسه أو بوكيله فان أصر باعه الحاكم وعند أبى حنيفة لا يبيعه ولكن يحبس الراهن حتى يبيع ولو كان الراهن غائبا أثبت الحال عند الحاكم حتى يبيعه فان لم تكن بينة أو لم يكن فى البلد حاكم فله بيعه بنفسه كما أن من ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بينة له يبيعه

من

من الثمن قولا واحداً و بين أن يكون عيب بعضها يخرجها من الجنس قبل التفرق بينهما أن ههنا قد كان له المقام على الكل بجميع الثمن وانما فسخ فى البعض المعيب وأقام على البعض السليم طلباً للحظ فلو قيل يأخذه بجميع الثمن كان فسخ البيع سفهاً وليس كذلك إذا كان العيب من غير الجنس لأن البيع فيه قد بطل فلم يكن له أن يأخذه بكل الثمن فجاز فى أحد القولين أن يأخذ السليم بجميع الثمن وقد ذكر هذا الفرق غير واحد من الأصحاب وهذا لا اختصاص له بالصرف والربا بل هو فى مسألة العبدين أيضاً إذا ظهر بأحدهما عيب وأراد رد المعيب وحده وامساك السليم لايمكن أن يمسكه بجميع الثمن لأنه يصير رد المعيب سفهاً بخلاف تفريق الصفقة فى الابتداء إذا اشترى عبداً وحراً فانه لايمكنه إمساك الحر مع العبد وكذلك إذا اشترى عبدين فتلف أحدهما قبل القبض وقلنا بالتفريق فانه يمسكه بحصته من الثمن قطعاً على المشهور الذى ذكره المصنف وغيره وحكي صاحب التتمة طريقة ضعيفة أنه على قولين أيضا وصاحب هذه الطريقة يلزمه أن يجرى ذلك في الصرف وهذه طريقة لايعرج عليها فالحاصل أنه لايمسك السليم وحده بجميع الثمن وأما امتناع التفريق أو جوازه والقطع بالتوزيع ففيه ماقدمته من البحث ولم أر من صرح به إلا مافهمته من اختلاف عبارات الاصحاب كما قدمت لك والله سبحانه أعلم * فهذه أربع مسائل فيما اذا كان الصرف المعين فى جنسين (القسم الثانى) اذا كان فى جنس واحد كالدراهم بالدراهم أو الدنانير بالدنانير فاما أن يكون العيب فى بعض المبيع أو فى

ويأخذ حقه من ثمنه ثم فى الفصل مسائل (احداها) لو أذن الراهن للمرتهن فى بيعه بنفسه فباع فى غيبة الراهن فوجهان (أحدهما) و به قال مالك وأبو حنيفة وأحمد أنه يصح البيع كما لو أذن له فى بيع مال آخر (وأصحهما) المنع لأنه يبيعه لغرض نفسه فيكون متهما فى الاستعجال وترك النظر وان باعه بحضوره صح لانقطاع التهمة هذا ظاهر النص حيث قال ولو شرط للمرتهن اذا حل الحق أن يبيعه لم يجز أن يبيع لنفسه الا بأن يحضر رب الرهن وفيه وجه أنه لايصح أيضاً لانه توكيل فيما يتعلق بحقه فعلى هذا لايصح توكيله ببيعه أصلا ويتفرع عليه أنه لو شرط ذلك فى ابتداء الرهن فان كان الرهن مشروطا فى بيع فالبيع باطل وان كان رهن تبرع فعلى القولين فى الشروط الفاسدة التابعة للمرتهن أنها هل تبطل الرهن وعلى الاول وهو المذهب فى لفظ الرهن فى الاذن تفصيل مذكور فى الكتاب من بعد * واذن الوارث لغرماء الميت في بيع التركة كاذن الراهن للمرتهن وكذا اذن السيد للمجني عليه فى بيع العبد الجانى قاله الشيخ أبو حامد والله أعلم * واعلم أن صاحب الكتاب قدر صحة البيع من المرتهن مفروغا منه متفقاً عليه وتكلم فى أنه لايستقل به المرتهن كذلك ساق الامام وأول النص الذى سبق على شىء آخر سنذكره ان شاء الله تعالى (الثانية) اذا وضعا الرهن عند عدل وشرطا أن يبيعه عند المحل جاز ثم فى اشتراط مراجعة الراهن وتجديد اذنه

كله واذا كان فى كله فأما أن يكون من الجنس أومن غيره واذا كان من الجنس فأما أن يتبين قبل التلف أو بعده فهذه أربع مسائل أيضاً (المسألة الأولى) إذا كان بعضها معيباً كما إذا اشترى دراهم بدراهم أودنانير بدنانير فوجد ببعضها عيباً قال القاضى أبو الطيب وصاحب الشامل إن البيع باطل سواء كان العيب من جنسها أو من غير جنسها لكونه ربا فانه باع جيدا ومعيبا بجنسه فينقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما فيؤدى الى التفاضل كما في قاعدة مد عجوة وفى كلام المحاملى والماوردى مايقتضي النزاع فيه فانهما قالا فيما اذا كان الصرف في جنس واحد وفرعنا على أن الصفقة تفرق أنه يمسك السليم بحصته من الثمن قولا واحداً لأنه اذا كان الصرف دراهم بدراهم أودنانير بدنانير وأمسك البعض بجميع الثمن كان ربا وهذا الكلام منهما يقتضى الحكم بصحة العقد بناء على تفريق الصفقة وكذلك الشيخ أبو حامد وان كان لم يصرح بالمسألة لكنه قال فى صدر كلامه ان الجنس الواحد والجنسين في الحكم سواء فاقتضى اطلاقه الحكم بالصحة وكذلك قال فى المجرد فان تصارفا عيناً بعين جنساً واحداً أو جنسين لافرق بينهما وذكر الاقسام الى أن قال فان كان بعضه معيبا بني على تفريق الصفقة وكذلك قال الجرجاني فى المعاياة كل من ملك الجملة بعقد اذا وجد ببعضه عيبا وقلنا له في أحد القولين أن يفرق الصفقة فى الرد فانه يمسك الباقي بجميع الثمن فى قول و بقسطه من الثمن فى القول الآخر فى الصرف وفى مال الربا اذا باع جنسا بجنس فانه يمسكه بقسطه من الثمن قولا واحداً لئلا يؤدى الى

عند البيع وجهان (أحدهما) و به قال ابن أبي هريرة يشترط لانه قد يكون له غرض فى استبقاء المرهون و يريد قضاء الحق من غيره (وأصحهما) عند الامام وصاحب الكتاب و به قال أبو أسحق لايشترط لان الأصل دوام الاذن الاول (وأما) المرتهن فجواب العراقيين أنه لابد من مراجعته و يحصل اذنه ثانياً ولم يجروا فيه الخلاف ووجهوه بان المرهون انما يباع لايصال حقه اليه وذلك يستدعى مطالبته بالحق فيراجع ليعرف أنه مطالب أوممهل أومبرئ وقال الامام لاخلاف فى أن المرتهن لايراجع لأن غرضه تقوية الحق بخلاف الراهن فانه قد يستبقى العين لنفسه فتأمل بعد احدى الطريقين عن الاخرى ولوعزل الراهن العدل قبل البيع انعزل و به قال أحمد كسائر الوكلاء فى سائر الاعمال * وقال مالك وأبو حنيفة لاينعزل ولوعزله المرتهن فوجهان (أحدهما) وهو ظاهر النص أنه ينعزل كالو عزله الراهن لانه يتصرف لهما جميعاً (وأظهرهما) و به قال أبو اسحق لاينعزل لانه وكيل الراهن اذ المرهون له واذن المرتهن شرط جواز التصرف ولا كلام فى أنه لو منعه من البيع لم يبع وكذلك لو مات أحدهما (واذا قلنا) لاينعزل بعزل المرتهن فلو عاد الى الاذن جاز البيع ولم يشترط تجديد توكيل من الراهن قال فى الوسيط ومساق هذا أنه لوعزله الراهن ثم عادووكل افتقر الى تجديد اذن

التفاضل وقد أقام صاحب البيان ماقاله كل من الفريقين وجها فجعل البطلان قول ابن الصباغ والآخر قول الشيخ أبي حامد وأثبتها وجهين وما قاله القاضي أبو الطيب ومن وافقه أوفق لاطلاقهم في قاعدة مد عجوة ولعل الآخرين لاحظوا مايقتضيه تفريق الصفقة من حيث العموم ولم يلاحظوا هذا العقد الخاص وانه من صورة مد عجوة ولا يأتي الوجه الآخر الا على وجه بعيد حكاه الفوراني وآخرون في قاعدة مد عجوة أن اختلاف النوع أو الوصف لايؤثر والمذهب خلافه والمحاملي من المصرحين باشتراط اتحاد النوع في الجنس الواحد في الصرف وقد صرح بذلك في اللباب وجزم في المجرد بان بيع الذهب الجيد بالوسط لايجوز ويكون المدرك في ذلك أن امتناع بيع الجيد والرديء مشروط بما اذا كانا متميزين (أما) إذا خلطا ولم يتميز أحدهما من الآخر فان ذلك جائز على ماسيأتي عن صاحب التتمة والتهذيب ولنستدل له بحديث إن شاء الله تعالى لكن في كون ذلك في المطعوم خاصة أو يجري فيه وفي النقد نظر وأطلق صاحب التهذيب فيها (وأما) الروياني رحمه الله فانه ذكرها وأخرج المعيب من غير الجنس بالبعض وقال ان المذهب البطلان قولا واحداً ولا يخرج على تفريق الصفقة فوافق القاضي أبو الطيب ثم ذكر خروج العيب من الجنس بالبعض وجعله من تفريق الصفقة فوافق في ذلك أبا حامد والمحاملي فلا أدري أذلك عن عمد أولا وسيأتي تحقيق قاعدة مد عجوة ان شاء الله تعالى والله أعلم * قول أبي حامد يكون

للمرتهن ويلزم عليه أن يقال لايعتد باذن المرتهن قبل توكيل الراهن ولا بأذن المرأة للوكيل قبل توكيل الولي اياه والكل محتمل (الثالثة) إذا باع العدل وأخذ الثمن فهو أمين والثمن من ضمان الراهن إلى أن يتسلمه المرتهن و به قال أحمد خلافا لابي حنيفة ومالك حيث قالا هو من ضمان المرتهن * لنا أن الثمن ملك الراهن والعدل أمينه فما تلف في يده يكون من ضمان المالك ولو تلف الثمن في يد العدل ثم خرج الرهن مستحقاً فالمشتري بالخيار بين أن يرجع بالثمن على العدل و بين أن يرجع على الراهن * ولو كان العدل قد باع بأذن الحاكم لموت الراهن أو غيبته وتلف الثمن وخرج المرهون مستحقاً فللمشتري الرجوع في مال الراهن ولا يكون العدل طريقاً للضمان في أصح الوجهين لانه نائب الحاكم والحاكم لايطالب فكذلك نائبه (والثاني) يكون طريقاً كالوكيل والوصي * واذا ادعى العدل تلف الثمن في يده قبل قوله مع يمينه فان ادعى تسليمه إلى المرتهن وأنكر المرتهن فالقول قول المرتهن مع يمينه * وعن أبي حنيفة أن القول قول العدل مع يمينه واذا حلف المرتهن أخذ حقه من الراهن و يرجع الراهن على العدل وان كان قد أذن له في التسليم نعم لو أذن أولا وصدقه في التسليم فوجهان (أظهرهما) أنه يضمن ايضاً لتقصيره بترك الاشهاد (والثاني) لا لاعتراف الراهن بانه امتثل ما أمره به والمرتهن ظالم فيما يأخذه و بهذا قال ابن الوكيل والوجهان فيما اذا أطلق الاذن في

حكمه كما تقدم من أنه مخير (أما) أن يكون العيب من الجنس أو من غيره ان كان من الجنس فيتخير بين رد الجميع وامساكه وفى رد المعيب وامساك السليم بما يخصه ماسبق ولا يجىء ههنا قول الاجازة بكل الثمن لكن يتخير بالحصة قطعا كما قلنا هناك بتلك العلة ولعلة أخرى وهى أنه ربا فانه يتحقق التفاضل وان كان العيب من غير الجنس فيبطل فى المعيب بناء على المذهب فيما تقدم وفى الثانى قولا تفريق الصفقة فان أجاز فيتعين أن يتخير بالقسط قطعا وقد يؤخر * رأيت فى الكافى للخوارزمى أنه لو تصارفا عينا بعين بأن تبايعا ديناراً معينا بدينار معين فظهر أحدهما مستحقا أو نحاسا لاقيمة له بالبيع ولو أخر بعضا لاينعقد وفى الباقى قولان (فان قلنا) ينعقد فالمشترى الخيار فلو أجاز يخير بحصته من الثمن على أصح القولين فأجري قول الاجازة بالكل هنا وهذا وهم لم اره لغيره ولا يأتى وجه الاجازة بالكل حذراً من الربا كما تقدم (وأما) على الوجه الذى حكاه صاحب الانصاح فيمكن تخريجه على هذا الوجه على تفريق الصفقة فى الاحكام فان النحاس مبيع لايشترط فيه التقابض والنقد صرف فقد جمع بين بيع وصرف وفيه قولان هذا اذا لم يلاحظ صاحب هذا الوجه قاعدة مد عجوة أيضا فان لاحظها وجعل ذلك تابعا بطل فى الكل ولم أر شيئا مما ذكرته تفريعا على هذا الوجه منقولا بل ذكرته تفقها والله أعلم * (المسألة الثانية) أن يكون العيب فى الجميع ويكون العيب من غير الجنس كما اذا باع ذهبا بذهب فخرج نحاسا فحكمه البطلان كما تقدم وفيه الوجه الذى حكاه صاحب الافصاح

التسليم (فاما) اذا شرط عليه الاشهاد فتركه ضمن بلا خلاف واذا ضمن بترك الاشهاد فلو قال اشهدت وماتت شهودي وصدقه الراهن فلا ضمان وان كذبه فوجهان نشرحهما مع ما يناسب هذه الصورة فى الضمان ان شاء الله تعالى (الرابعة) إذا جاز للعدل البيع لم يبع الا بثمن المثل أو بما دونه فى قدر ما تتغابن به الناس وليكن ذلك من نقد البلد حالا فان أجل بشىء من هذه الشروط لم يصح البيع وعن القاضى أبى حامد حكاية وجه أنه لو باع نسيئة صح ولا اعتبار به ولو سلم الى المشترى صار ضامنا ثم للمبيع حالتان (احداهما) أن يكون باقيا فيسترد ويجوز للعدل بيعه بالاذن السابق وان صار مضمونا عليه فاذا باعه وأخذ الثمن لم يكن الثمن مضمونا عليه لانه لم يتعد فيه (الثانية) أن يهلك فى يده فان كان قد باع بغير نقد البلد أو نسيئة فالراهن بالخيار فى تغريم من شاء من العدل والمشترى كمال قيمته وان باع بدون ثمن المثل فقولان (أصحهما) وبه قال أبو اسحق ان الحكم كذلك لانه أخرجه من يده على وجه غير متبوع (والثانى) أنه ان غرم العدل حط النقصان الذى كان محتملا فى الابتداء مثاله لو كان ثمن مثله عشرة وكان يتغابن فيه بدرهم فباعه بثمانية يغرم تسعة ويأخذ الدرهم الباقى من المشترى هكذا نقلوه وغالب الظن طرد هذا الخلاف فى البيع بغير نص نقد البلد والنسيئة

(المسألة الثالثة) ان يكون العيب فى الجميع من الجنس كرداءة النوع وما أشبهه وتبين ذلك قبل التلف فحكمه ما تقدم فله رده واذا رده انفسخ العقد ولا يجوز اخذ البدل (المسألة الرابعة) أن يكون العيب فى الجميع من الجنس ويتبين العيب بعد التلف كما اذا صارف ذهباً بذهب أو ورقا بورق وتقابضا وتلف أحد المبيعين ثم علم الذى تلف ماحصل له أنه كان به عيب فقد ذكرها المحاملى فرعاً في المجموع ههنا والصيمرى قال وجماعة من الأصحاب بعده وذكرها المصنف فى باب الرد بالعيب وفرضه اذا كان المبيع اناء من فضة وزنه الف درهم وقيمته الفان فكسره ثم علم به عيباً وذكره الغزالى أيضاً فى الرد بالعيب وفرضه فيما اذا كان المبيع حلياً وجد به عيب مانع من الرد وقد يتوهم أن ذلك كله أمثلة لمسألة واحدة لاشتراكهما فى تعذر وليس كذلك بل ماذكر فى باب العيب فى كلام المصنف وفى كلام الغزالى مسألة واحدة وهو اذا كان المعيب باقيا ولكن طرأ مايمنع الرد فرأى المصنف هناك وغيره أنه يرد و يغرم الأرش ومسألتنا هنا فيما اذا كان المعيب تالفاً فههنا لايمكن القول بالرد اذ لامردود فماذا نصنع قال المحاملى قال ابن أبى هريرة يفسخ البيع ويرد مثل ماأخذه وليسترجع مادفعه لانه لايمكن أن يقول انه يأخذ الأرش لأنه يحصل معه في البيع تفاضل

وان اتفق النص على القولين فى الغبن ويؤيده أن صاحب التهذيب فى آخرين جعلوا كبقية تغريم الوكيل اذا باع على أحد هذه الوجوه وسلم على الخلاف وسووا بين الصور الثلاث ومعلوم أنه لافرق بين العدل في الرهن و بين سائر الوكلاء وعلى كل حال فالقرار على المشترى لحصول الهلاك عنده *

﴿ فرع ﴾ لو قال أحد المتراهنين بعه بالدراهم وقال الآخر بالدنانير لم يبع بواحد منهما الاختلافهما فى الاذن لكن يرفعان الامر الى الحاكم ليبيع بنقد البلد ثم ان كان الحق من جنس نقد البلد فذاك وإلا صرف نقد البلد اليه ولو رأى الحاكم أن يبيعه بجنس حق المرتهن جاز (الخامسة) اذا باع بثمن المثل ثم زاد راغب قبل التفرق فليفسخ العقد وليبيعه منه فان لم يفعل فوجهان (أحدهما) أن البيع لاينفسخ لأن حصول الزيادة غير موثوق به (وأصحهما) الانفساخ لأن مجلس العقد كحالة العقد وليس له أن يبيع بثمن المثل وهناك من يبذل زيادة فعلى هذا لو بدا للراغب نظر إن كان قبل التمكن من البيع منه فالبيع الاول بحاله وان كان بعده فقد ارتفع ذلك البيع فلا بد من بيع جديد وفى طريقة الصيدلانى أنه إذا بدا له بان البيع بحاله كما لو بذل الابن الطاعة لابيه في الحج وجعلناه مستطيعاً به ثم رجع عن الطاعة قبل أن يحج أهل بلده فأنا نتبين عدم الوجوب ولو لم ينفسخ العقد فى البيع الاول وباع من الراغب ففى كونه فسخاً لذلك البيع ثم فى صحته فى نفسه خلاف سبق فى البيع وأشار الامام فى المسألة الى شيء آخر وهو أن الوكيل بالبيع لو باع ثم فسخ البيع هل يمكن من البيع مرة أخرى فيه خلاف

ولا يمكن الرد لان ذلك تالف لايمكن رده ولا يمكن أن يقال انه يقر العقـد ولاشيء له لانه قد عين بالمعيب فلابد له من استدراك ظلامته فدعت الضرورة الى ماذكرنا وهذا الذى قاله ابن أبي هريرة هو المذكور فى العدة وشرح الـكفاية للصيمرى والتحرير للجرجانى كلهم جزموا بأنه اماأن يرضى واما أن يرد مثل التالف فى عينه ويسترجع ماأعطاه وكذلك المـاوردى جزم بأنه ليس له الرجوع بالارش وقال الرويانى ليس له الارش ولايمكنه الرد فالوجه أن يفسخ العقد بينهما ثم يرد عليه مثل الجيد ويكون الردىء فى ذمته يعطيه مثله اوقيمته ان اتفقا عليه ذكره ابن أبى هريرة وقال القـاضى حسين اذا فسخ العقد فى المعيب التالف فانه يرجع عليه بأرش العيب مثل ان كان التالف معيباً بعشر قيمته فانه يسترد منه عشر القيمة وتبعه صاحب التهذيب وزاد فذكر فى هذه المسألة ثلاثة أوجه قول ابن أبي هريرة ووجهاً أنه يأخذ الارش من غير جنس ماأعطى قال وهذا ضعيف ووجها أنه يسترد من الثمن بقدره كما فى غير الصرف وقال ان هذا أصح وأنه المذهب قال لأن المماثلة فى مال الربا تشترط حالة العقد واسترجاع بعض الثمن حق ثبت له ابتداء فلا يراعى فيه معنى الربا *

والامر بالبيع من الراغب ههنا جواب على أنه يتمكن منه أو مفروض فيما اذا صرح بالاذن بذلك وأكثر هذه المسائل يطرد فى جميع الوكالات *

قال ﴿ وعلى الراهن مؤنة المرهون * وأجرة الاصطبل * وعلف الدابة * وسقى الاشجار * ومؤنة الجذاذ من خاص ماله على الاصح وقيل انه يباع فيه جزء من المرهون * فان كان بحيث تهلـكه النفقة يباع كما يفعل بمايتسارع اليه الفساد * ولايمنع الراهن من الفصد والحجامة والختان * ويمنع من قطع سلعة فيه خطر ﴾ *

مؤونات الرهن التى بها يبقى الرهن كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة على الراهن لما روى أنه ﷺ قال «لا يغلق الرهن من راهنه له غرمه وعليه غنمه (١)» قوله من راهنه أى من ضمان راهنه وفى معناه سقى

---

(١) ﴿حديث﴾ لا يغلق الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه . ابن حبان فى صحيحه والدارقطنى والحاكم والبيهقى من طريق زياد بن سعد عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة مرفوعا لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه وأخرجه ابن ماجه من طريق اسحاق بن راشد عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال لا يغلق الرهن انتهى من سنن ابن ماجه وأخرجه الحاكم من طرق عن الزهرى موصولة أيضا ورواه الاوزاعى ويونس وابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد مرسلا ورواه الشافعى عن أبى فديك وابن أبى شيبة عن وكيع وعبد الرزاق عن الثوري كلهم عن أبى ذئب كذلك ولفظه لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه قال الشافعي غنمه زيادته وغرمه هلاكه وصحح أبو داود والبزار والدارقطني وابن القطان إرساله وله طرق فى الدارقطنى والبيهقي كلها ضعيفة وصحح ابن عبد البر

﴿ فرع ﴾ اشترى ديناراً معينا بدينار معين فتلف أحدهما فوجد بالباقي عيباً حكم عليه بمثله ولا يحكم عليه بالأرش لأنه يؤدي إلى الربا قاله ابن أبي هريرة والماوردي فان لم يكن له مثل مثل أن يكون نقرة أو إناء مصنوعا حكم عليه بقيمته أو يرضى به ناقصاً فيكون له ذلك قاله ابن أبي هريرة فلو كان قد اشترى الدينار المعين بدراهم ففي جواز رجوعه بالارش وجهان في الحاوي (أقيسهما) عنده الجواز فيرجع بأرش الدينار دراهم وبأرش الفضة ذهباً (والثاني) قول الشيوخ من أصحابنا البصريين والجمهور من غيرهم لايجوز الرجوع بأرش عيب الدراهم والدنانير لأن الصرف أضيق من البياعات فلم يتسع لدخول الارش فيه ولأن الارش بالايمان فلا يدخل فيها فعلى هذا إن كان عيب الدينار التالف الذي لايخرجه من الجنس يصح أن يكون صفة بها يثبت في الذمة كما اذا اشترى قاسانياً

الاشجار والكروم ومؤونة الجذاذ وتجفيف الثمار وأجرة الاصطبل والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون اذا لم يتبرع به المرتهن أو العدل وأجرة من يرد العبد من الاباق وما أشبه ذلك ثم حكى الامام والمتولي وجهين في أن هذه المؤنات هل يجبر الراهن عليها حتى يقوم بها من خالص ماله (أصحهما) الاجبار استبقاء لوثيقة المرتهن (والثاني) عن الشيخ أبي محمد وغيره أنه لايجبر عند الامتناع ولكن يبيع القاضي جزءاً من المرهون بحسب الحاجة * وقد فرع الامام على هذا أن النفقة لو كانت تأكل الرهن قبل الأجل ألحق بما يفسد قبل الاجل فيباع ويجعل ثمنه رهناً ولك أن تقول هذا اما أن يلحق بما لايتسارع اليه الفساد ثم عرض ما أفسده أو بما يتسارع اليه الفساد لاوجه للاول لان العارض ثم اتفاقي غير متوقع والحاجة الى هذه المؤنات معلومة محققة وان كان الثاني لزم اثبات الخلاف المذكور في رهن مايتسارع اليه الفساد في رهن كل مايحتاج الى نفقة أو مكان يحفظ فيه وأنه بعيد وبه يظهر ضعف الوجه من أصله واذا قلنا بالأصح فلو لم يكن للراهن شيء أو لم يكن حاضراً باع الحاكم جزءاً من المرهون واكترى به بيتاً يحفظ فيه الرهن هكذا قاله الائمة وقد مر في مؤنة السقي والجذاذ والتجفيف مثله وأما المؤنات الدائمة فيشبه أن يقال حكمها حكم مالو هرب الجمال وترك الجمال المكتراة أو

عبد الحق وصله وقوله له غنمه وعليه غرمه قيل إنها مدرجة من قول ابن المسيب فتحرر طرقه قال ابن عبد البر هذه اللفظة اختلف الرواة في رفعها ووقفها فرفعها ابن أبي ذئب ومعمر وغيرهما مع كونهم أرسلوا الحديث على اختلاف على ابن أبي ذئب ووقفها غيرهم وقد روى ابن وهب هذا الحديث فجوده وبين أن هذه اللفظة من قول سعيد بن المسيب وقال أبو داود في المراسيل قوله له غنمه وعليه غرمه من كلام سعيد بن المسيب نقله عنه الزهري وقال عبد الرزاق أنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال لايغلق الرهن ممن رهنه قلت للزهري أرأيت قول النبي ﷺ لايغلق الرهن أهو الرجل يقول إن لم آتك بمالك فالرهن لك قال نعم قال معمر ثم بلغني عنه أنه قال إن هلك لم يذهب حق هذا إنما هلك

فبان بعد تلفه مغربيا فعلي المشترى أن يرد بدله مغربيا وان كان المبيع مبهرجا مما لايصح أن يكون صفة لما فى الذمة فعليه اذا لم يرض بعيبه أن يرد قيمته دراهم ولا يرد مثله لان المبهرج لامثل له وذكر صاحب الشامل هذا الفرع غير منسوب الى أحد وقال فيه يفسخ العقد بينهما و يرد مثل التى أتلفها أو قيمتها ان لم يكن مثل (فاما) قوله يفسخ العقد بينهما فقد وافقه على هذه العبارة فى الشافى وقال فاذا فسخ رد من تلفت الدرهم فى يده درهماً معيباً واسترد درهمه فالجيد مع بقائه و بدله مع تلفه ففى هذه العبارة إيهام أنه لايستقل بالفسخ وهو بعيد لان باذل المعيب حينئذ يمتنع من الفسخ ان كان ذلك موقوفا على رضاه واما فرقة بين المثلي والمتقوم فهو أولى من اطلاق ابن أبى هريرة وغيره لأن العيب قد يخرجه عن كونه مثليا وقد تقدم ذلك فى كلام الماوردى وقال ابن أبى عصرون فى الانتصار يفسخ العقد و يرد مثل التالف أو قيمته ان لم يكن له مثل فوافق صاحب الشامل وذكر مجمل هذا الفرع فى الذخائر ولم يزد علي أنه ليس له الا الرجوع بالارش واذا تأملت ماذكرته وجدت من عد القاضى حسين وصاحب التهذيب جازمين أو مرجحين أنه لايجوز أخذ الارش والله أعلم * وقد بقى مما هو متعلق بهذا المكان

عجز عن الانفاق عليها هذه احدي مسألتي الفصل (والثانية) أنه لايمنع الراهن من أن يفعل بالمرهون مافيه منفعته كفصد العبد وحجامته وتوديج الدابة و بزغها والمعالجة بالادوية والمراهم لكن لايجبر عليها بخلاف النفقة وأجرى صاحب التتمة الوجهين فى المداواة ثم ان كانت المداواة فيما يرجى نفعه ولا يخاف منه غائلة فذاك وان كان يخاف فعن أبى اسحق أن المرتهن المنع منه وقال أبو على الطبرى لايمنع ويكتفى بأن الغالب منه السلامة واختاره القاضى أبو الطيب ويجرى الخلاف فى قطع اليد المتآكلة اذا كان فى قطعها وتركها خطر فان كان الخطر فى الترك دون القطع فله القطع وليس له قطع سلعة وأصبع لاخطر فى تركها اذا خيف منه ضرر فان كان الغالب السلامة ففيه الخلاف وله أن يختن العبد والأمة فى وقت اعتدال الهواء ان كان يندمل قبل حلول الاجل لأنه أمر لابد منه والغالب فيه السلامة وان لم يندمل وكان فيه نقص لم يجز وكذا لو كان به عارض يخاف

من رب الرهن له غنمه وعليه غرمه وروى ابن حزم من طريق قاسم بن أصبغ نا محمد بن ابراهيم نا يحيي ابن أبى طالب الانطاكى وغيره من أهل الثقة نا نصر بن عاصم الانطاكى نا شبابة عن ورقة عن ابن أبى ذئب عن الزهرى عن سعيد بن المسيب وأبى سلمة بن عبد الرحمن عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايغلق الرهن الرهن لمن رهنه له غنمه وعليه غرمه قال ابن حزم هذا سند حسن (قلت) أخرجه الدارقطنى من طريق عبد الله بن ناصر الاصم الانطاكى عن شبابة به وصححها عبد الحق وعبد الله بن ناصر له أحاديث منكرة ذكرها ابن عدى وظهر أن قوله فى رواية ابن حزم نصر بن عاصم تصحيف وانما هو عبد الله بن نصر الاصم سقط عبد الله وحرف الاصم بعاصم *

فرع حسن قاله ابن ابى الدم وذكر أنه شئ لم يزل يختلج فى القلب وهو أن الاصحاب أطبقوا على أن المشترى فى باب المعيب إذا اشترى شاة مثلا وقبضها ونتجت عنده ثم اطلع فيها على عيب قديم فله ردها والزيادة يختص المشترى بها هذا فى شراء العرض فلو أسلم اليه فى شئ وكان رأس مال السلم شاة موصوفة فى الذمة ثم أحضرها المسلم فى المجلس وقبضها منه المسلم اليه ثم افترقا ونتجت عنده ثم وجد بها عيبا فله ردها عليه ومطالبته بشاة سلمية موصوفة بالصفات المشروطة فهل يختص المسلم فيه بالنتاج قال ابن الدم هذا لم أر فيه نقلا الى الآن ولا بلغنيه من أحد من الأئمة بل فرعته استنباطا من جهتى حيث اقتضاه التفريع على الاصول المذكرة ونشأ مما ذكره الامام وصدره فى

معه من الختان ووراء هذه صورتان (إحداهما) له تأبير النخل المرهونة ولو ازدحمت وقال أهل البصر تحويلها أنفع جاز تحويلها وكذا لو رأى قطع البعض لصلاح الأكثر ثم ما يقطع منها ويجف يبقى مرهونا بخلاف مايحدث من السعف و يجف فان الراهن يختص بها وينزل منزلة الثمار وما كان ظاهراً منها عند الرهن قال فى التتمة فهو مرهون وقال فى الشامل لافرق (الثانية) لايمنع من رعى الماشية فى وقت الامن وتأوي ليلا الى يد المرتهن أو العدل و إذا أراد الراهن أن يبعد فى طلب النجعة و بالقرب مايبلغ منها مبلغاً فللمرتهن المنع والا فلا منع وتأوي الى يد عدل ينفقان عليه أو ينصبه الحاكم وان أراد المرتهن ذلك وليس بالقرب مايكفى فلا منع وكذا لو أراد نقل المتاع من بيت غير محرز الى محرز ولو بيعا بهما المكان وأرادا الانتقال نظر ان انتقلا الى أرض واحدة فلا اشكال والا جعلت الماشية مع الراهن ويحتاط ليلا كما سبق (وقوله) فى الكتاب وأجرة الاصطبل معلم بالحاء لان عنده مؤنة البيت والاصطبل علي المرتهن ان لم يزد الرهن على قدر الدين فان زاد فقسط الزيادة على الراهن و بمثله أجاب فى المداواة وأجرة رد الآبق (وقوله) على الأصح يتعلق به من خالص ماله لابأصل لزوم المؤنة عليه فالمقابل للاصح قوله وقيل يباع الى آخره *

قال ﴿ والمرهون أمانة (ح) فى يده * ولا يسقط (ح) بتلفه شيء من الدين * ولو أذن له فى الغراس بعد شهر فهو بعد الغراس عارية مضمونة * وان شرط أن يكون مبيعاً منه بعد شهر بالدين فهو بعد الشهر مضمون لأنه مبيع بيعاً فاسداً * وللفساد حكم الصحة فى ضمان العقود * ولو ادعى المرتهن تلفاً أو رداً فهو كالمودع عند المراوزة * والقول قوله * وطردوا ذلك فى المستأجر * وكل يد هى غير مضمنة * وقال العراقيون يختص ذلك بالوديعة وبالوكيل بغير أجرة * ومن عداهما يطالب بالبينة قياساً لأن المودع وقع الاعتراف بصدقه وأمانته دون غيره * والمرتهن من الغاصب عند المراوزة كالمودع من الغاصب يطالب ولا يستقر الضمان عليه وان تلف فى يده * وكذا المستأجر بخلاف المستعير والمستام *

القاعدة المبدوء بذكرها يقتضى أن يكون فى النتاج وجهان مبنيان على القولين المذكورين أولا وهو أن المقبوض فى المجلس عما فى الذمة إذا رده بالعيب بعد التفرق هل نقول تملكه بالقبض و بالرد قد يقبض الملك أو يقال بالرد تبين أنه لم يملكه أصلا كأنهما تفرقا عن غير قبض فيه وجهان (فإن قلنا) إنه ملكه بالقبض فقد حدثت الزيادة فى ملكه أعني فى ملك المسلم اليه بعد قبضه فيختص بها (و إن) قلنا إنه بالرد تبين أنه لم يملكه أصلا فالزيادة حادثه على ملك المسلم فيجب على المسلم اليه ردها مع الأصل وهذا حسن ظاهر و به يظهر الفرق الذى ذكرناه بين العرض المعقود عليه عينا و بين العرض الموصوف فى الذمة دينا ثم يقبض فى المجلس عما ثبت فى الذمة هذا آخر كلام ابن أبى الدم وقد قدمت الكلام على هذا الأصل الذى أشار اليه وأنه هل ذلك بطريق التبين أم بطريق الفسخ المستأنف والله أعلم * ولا يخفى أن المسألة لا تختص بالصرف بل تجرى فى كل حال من أحوال الربا بيع بجنسه قاله الرافعى ويجىء فى التفاصيل المذكورة فى الذمة وفى العين الخلاف المذكور وفرض القاضى حسين الفرع إذا كان على معين فأن كان بدينار فى الذمة قال فأن كان تالفا فأن لم يجوز الاستبدال مع بقائه فالحكم كالمبيع بالمعين وقد تقدم و إن جوزنا الاستبدال فقولان (أحدهما) يرجع عليه بارش العيب للضرورة (والثانى) لا بل يغرم قيمة التالف ثم يرجع عليه بدينار سليم أو بخلخال سليم وكان فرض المسألة فى

وعند العراقيين فى مطالبتهم وجهان * ثم فى قرار الضمان بعد المطالبة وجهان آخران ﴾ *

فى الفصل أصلان وفروع (أحد) الاصلين أن المرهون أمانة فى يد المرتهن لا يسقط بتلفه شىء من الدين ولا يلزمه ضمانه إلا اذا تعدى فيه وبهذا قال أحمد * وقال أبو حنيفة هو مضمون بالأقل من قيمته أو الدين فان كانت قيمته أقل سقط بتلفه من الدين بقدر قيمته والا سقط الدين ولا يضمن الزيادة وقال مالك مايظهر هلاكه كالحيوان والعقار والاشجار أمانة وما يخفي هلاكه كالنقود والعروض مضمون بالدين لأنه يتهم فيه * لنا أن بعض المرهون أمانة فكذلك كله كالوديعة وأيضا فان الرهن شرع وثيقة الدين فهلاك محله لا يسقطه كموت الكفيل واذا برىء الراهن عن الدين باداء أو ابراء أو حوالة كان الرهن أمانة أيضا فى يد المرتهن ولا يصير مضمونا عليه الا اذا امتنع من الرد بعد المطالبة وقال ابن الصباغ ينبغى أن يكون المرتهن بعد الابراء كمن طير الريح ثوبا الى داره حتى يعلم المرتهن به أو يرده لأنه لم يرض بيده إلا على سبيل الوثيقة (والاصل الثانى) أن كل عقد يقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده ومالا يقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده (وأما) الطرف الاول فلأن الصحيح اذا أوجب الضمان فالفاسد أولى باقتضائه (وأما) الثانى فلأن من أثبت اليد أثبته عن اذن المالك ولم يلزم بالعقد ضمانا ولا يكاد يوجب التسليم والتسلم الا من معتقدى الصحة (وأما) الفروع فأربعة (أحدها) لو أعار المرهون من

بيع خلخال بدينار قال وهكذا إذا قلنا فى المسلم فيه إذا تلف فى يده ثم تبين له أنه كان معيبا ففيه قولان (أحدهما) يرجع عليه بأرش العيب فيأخذ منه بقدره من رأس المال (والثانى) لا بل يغرم قيمة المتلف ويرجع عليه بالسليم فيه والله سبحانه وتعالى أعلم * قال صاحب التهذيب وكذلك لو باع طعاما بطعام ثم وجد به عيبا بعد ما تلف عنده قال وكذلك لو وجد المسلم اليه برأس مال السلم عيبا بعد ما تلف عنده فإن كان رأس المال معيبا سقط من المسلم فيه بقدره مثل أن كان العيب ينقص عشر قيمته فيسقط عشر المسلم فيه وإن كان فى الذمة وعينه فإن كان فى المجلس يغرم ما تلف عنده ويستبدل وإن كان بعد التفرق فإن جوزنا الاستبدال فكذلك وإن لم نجوز فيسقط من المسلم فيه بقدره كما فى العين والله أعلم (واعلم) أن الأصحاب أطلقوا ما ذكرته ولم يبينوا أن بدل التالف هل ينزل منزلته حتى يكون الفسخ برده أو تمكينه من الفسخ لتعذر الرد بالتلف والأقرب إلى الفهم من عباراتهم المتقدمة الثانى وهو مذهب أحمد قال صاحب المغني فى مذهبهم إذا تلف العوض فى الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ويرد الموجود وتبقى قيمة المعيب فى ذمة من تلف فى يده فيرد مثلها أو عوضها إذا اتفقا على ذلك سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه ذكره ابن عقيل وهو قول الشافعي قال ابن عقيل وقد روى عن أحمد جواز أخذ الأرش انتهى كلامه وهو بين وكأنه جعل العيب مخرجا له عن كونه مثليا فلذلك حكم بالقيمة والله أعلم *

المرتهن لينتفع به ضمنه وعند أبى حنيفة يخرج عن كونه مضمونا بناء على أن العارية غير مضمونة ولو رهنه أرضا وأذن له فى الغراس بعد شهر فهى بعد الشهر عارية وقبله أمانة حتى لو غرس قبله قلع ولو غرس بعده فسيأتى الحكم فى العارية (وقوله) فى الكتاب وهو بعد الغراس عارية يجب تأويله لأنه بعد الشهر عارية غرس أو لم يغرس (وثانيها) لو رهن منه مالا على أنه اذا حل الأجل فهو مبيع منه أو على أن يكون مبيعا منه بعد شهر فالرهن والبيع فاسدان (أما) الرهن فلكونه مؤقتا (وأما) البيع فلكونه مشروطا ويكون المال أمانة فى يده قبل دخول وقت البيع وبعده مضمونا لأن البيع عقد ضمان ونقل وجها فى النهاية أنه انما يصير مضمونا اذا أمسكه عن جهة البيع أما اذا أمسكه عن موجب الرهن فلا والمذهب الاول فلو كان أرضا فغرس فيه المرتهن أو بنى قبل دخول وقت البيع قلع مجانا وكذا لو غرس بعده وهو عالم بفساد البيع وان كان جاهلا لم يقلع مجانا لوقوعه باذن المالك وجهله بعدم الجواز فيكون الحكم كما لو غرس من المستعير ورجع المعير (وثالثها) اذا ادعى المرتهن تلف الرهن فى يده قبل قوله مع يمينه وعن مالك أنه ان خفى هلاكه لم يقبل * وان ادعى رده الى الراهن فطريقة العراقيين من أصحابنا أن القول قول الراهن مع يمينه ولا يقبل قول المرتهن الا ببينة لأنه أخذه لمنفعة نفسه

﴿ فرع ﴾ لو باع طعاما بطعام فحدث عنده عيب ووجد به عيبا قديما قال فى المطارحات ان باع بغير جنسه رجع بنقصان المعيب لأن المماثلة من شرط صحة البيع ولكن يردعليه مثل طعامه و يرجع عليه بما دفع ولا يرد لما حدث عنده من العيب شيأ (قلت) ولو باع نقدا بنقد فالحكم والتفصيل كذلك وهذه المطارحات ظني انها لابن العطار وكذلك رأيتها منسوبة اليه فى نسخة . وفى نسخة أخرى رأيتها منسوبة لأبى اسحق الاسفراينى *

﴿ فرع ﴾ لو كان الصرف فى الذمة وحصل التلف المذكور ثم اطلع على عيب قال فى التهذيب ان كان فى مجلس العقد يغرم ما تلف عنده و يستبدل . وان كان بعد التفرق . فان جوزنا الاستبدال فهكذا . وان لم نجوز الاستبدال بعد التفرق . فان كان الجنس مختلفا يسترد من الثمن بقدر العيب . وان كان الجنس متفقا فعلى الاوجه الثلاثة (اصحها) يسترد من الثمن بقدر العيب . وكذلك لو باع طعاما بطعام . وكذلك لو وجد المسلم اليه برأس مال السلم عيبا بعد تلفه . اما أن يكون رأس المال معينا أو فى الذمة على التفصيل والحكم المتقدم *

فأشبه المستعير و يخالف دعوى التلف لأنه لا يتعلق بالاختيار فلا يتساعد فيه البينة قالوا وكذا الحكم فى المستأجر اذا ادعى الرد * و يقبل قول المودع والوكيل بغير الجعل مع اليمين لأنهما أخذا المال بمحض غرض المالك وقد ائتمنهما فليصدقهما وفى الوكيل بالجعل والمضارب والاجير المشترك اذا لم يضمنه ذكرنا وجهين (أحدهما) أنهم مطالبون بالبينة لانهم أخذوا لغرض أنفسهم فى الاجرة والربح (وأصحهما) أنه يقبل قولهم مع أيمانهم لانهم أخذوا العين لمنفعة المالك وانتفاعهم بالعمل فى العين لا بالعين بخلاف المرتهن والمستأجر وهذه الطريقة هى التي سلكها أكثر الاصحاب سيما قدماؤهم وتابعهم القاضى الرويانى وذهب بعض الخراسانيين من المراوزة وغيرهم أن كل أمين يصدق فى دعوى الرد كالمودع قالوا ولا عبرة بمنفعته فى الاخذ كما لا عبرة بها فى وجوب الضمان عند التلف بخلاف المستعير والمستام واعرف فى لفظ الكتاب من الفرع شيئين (أحدهما) أنه سوى بين التلف والرد وساق الطريقين فى دعواهما جميعا وليس كذلك بل الكل مطبقون على تصديقه فى دعوى التلف وانما الاختلاف فى الرد * واعلم أن قولنا يقبل قوله فى التلف نريد به القبول فى الجملة وله تفصيل نذكره فى كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى (والثانى) أنه لم يحك طريقة العراقيين بتمامها ولم يستوعب مواضع الوفاق والخلاف بالذكر ولفظه فى تخصيص التصديق بالمودع والوكيل بغير جعل لا يستمر الا على أحد الوجهين الذين نقلوهما (وقوله) لأن المودع وقع الاعتراف بصدقه وأمانته لا يتضح به الفرق إذ لا بعد فى أن يقال كل أمين يقع الاعتراف بصدقه وأمانته والذى ذكروه فى الفرق أن الوديعة ائتمان محض لا غرض للآخذ فيها كما

(فرع) كل ماذكرناه فيما اذا كان العيب من الجنس كرداءة السكة والجوهر وما أشبه ذلك . أما لو بانَ بعد تلفه نحاسا أومطلية فالبيع باطل و يترادان. قاله الصيمرى . وهو ظاهر مما تقدم وكل ذلك مفروض فى صرف النقد بجنسه . أما اذا كان بغير جنسه فانه يسترد من الثمن بقدر العيب كما فى غير الصرف . قاله فى التهذيب *

(فرعان) لهما تعلق بالاستبدال عن الثمن (احدهما) قال القاضى حسين اذا باع شيأ بدراهم برمكية لايجوز العقد لانه عزيز الوجود وقل مايوجد في بلادنا هذه: ولو باعه بدراهم فتحية ينظر فيه فان كان فى بلد يعز وجوده[1] هذا يبنى على ان الاستبدال عنه جائز أم لا. ان قلنا جائز صح. والا فلا يصح العقد قال صاحب التهذيب انه اذا باع بما يعز وجوده فى البلد يبني على ان الاستبدال عن الثمن هل يجوز ان قلنا يجوز صح ثم ان وجد ذلك النقد والا يستبدل . وان قلنا لايجوز الاستبدال لم يصح . كما لو اسلم فيما يعز وجوده وهذا الاطلاق الذى قاله صاحب التهذيب أولى من التفصيل الذى ذكره القاضى (الثانى) اذا باع بنقد البلد ثم انقطع ذلك من ايدى الناس قال القاضى حسين ان قلنا يجوز الاستبدال فلا يفسد العقد وان

(١) بياض بالاصل فحرر

مر (ورابعها) لو رهن الغاصب المغصوب من انسان فتلف فى يد المرتهن فللمالك تضمين الغاصب وفى تضمين المرتهن طريقان قال العراقيون فيه وجهان لابن سريج (أحدهما) أنه لايطالب بالضمان لان يده يد أمانة (وأصحهما) أنه يطالب لتفرغ يده على يد الغاصب وعدم ائتمان المالك إياه وعلى هذا فيستقر الضمان عليه أم يرجع على الغاصب فيه وجهان (أحدهما) يستقر لحصول التلف عنده فينزل التلف منزلة الاتلاف فى المغصوبات (وأظهرهما) أنه يرجع لتغرير الغاصب إياه وعدم التعدى منه هذه طريقة وعن المراوزة القطع بالمطالبة وعدم الاستقرار والطريقان جاريان فى المستأجر من الغاصب والمودع منه والمضارب والذى دفع المغصوب اليه ووكله ببيعه وكل ذلك فيما اذا جهلوا كونه مغصوبا فان علموا فهم غاصبون أيضا والمستعير منه والمستام فيطالبان ويستقر عليهما الضمان لأن يد كل واحد منهما يد ضمان وهذه الصور تعود فى الغصب (وقوله) فى الكتاب وعند العراقيين فى مطالبتهم وجهان يرجع الى المرتهن والمستأجر والمودع دون المستعير والمستام (ومن) الفروع التي تندرج فى الفصل أنه لو رهن بشرط أن يكون مضمونا على المرتهن يفسد الشرط والرهن ثم لا يكون مضمونا عليه (ومنها) لو قال خذ هذا الكيس واستوف حقك منه فهو امانة في يده قبل أن يستوفى حقه فاذا استوفى حقه منه كان مضمونا عليه ولو قال وفيه دراهم خذه بدراهمك وكانت الدراهم التي فيه مجهولة القدر أو كانت أكثر من دراهمه لم يملكه ودخل فى ضمانه بحكم الشراء الفاسد وان كانت معلومة و بقدر حقه ملكها ولو قال خذ هذا العبد بحقك ولم يكن سليما فقبل ملكه وان لم يقبله وأخذه دخل فى ضمانه بحكم الشراء الفاسد *

قلنا لايجوز الاستبدال فقولان (أحدهما) ينفسخ (والثانى) يثبت له حق الفسخ وهما كالقولين فى المسلم فيه إذا انقطع (فاما) اذا باع بنقد البلد ثم ان السلطان رفع ذلك لاغير سواء باعه بثمن معين أو بثمن مطلق قال الرويانى وهكذا لو باع بفلوس فنسخها السلطان . وقال ابو حنيفة رضى الله عنه ينفسخ العقد. هذا كلام القاضى حسين وقاسه البغوى على مالو أسلم فى صبطة فرخصت ليس له الاصبطة وحكى مع ذلك وجها أن البائع يخير بين أن يجيز العقد فياخذ النقد الاول و بين أن يفسخ و يسترد ماأعطى كما لو تعيب المبيع قبل القبض . قال الرويانى وهكذا لو باع بفلوس فنسخها السلطان . قال الرويانى لو جاء بالنقد الثانى المحدث لايلزمه قبوله فان أراد قبوله كان على سبيل الاعتياض . وعن ابى حنيفة رحمه الله انه يلزمه قبوله قال الرويانى لو حصل له على غيره مائة درهم من نقد معروف

قال ﴿ والمرتهن ممنوع من كل تصرف قولا وفعلا فان وطىء فهو زان * وان ظن الاباحة فواطىء بالشبهة * فان أذن له الراهن وعلم التحريم فزان * وقيل مذهب عطاء فى إباحة الجوارى بالاذن شبهة * وان ظن حلا فواطىء بالشبهة * وفى وجوب المهر عليه وقيمة الولد عليه وجهان من حيث أن الاذن ضعيف الأثر فى الوطء بدليل المفوضة ﴾ *

ليس للمرتهن فى المرهون الا حق الاستيثاق (أما) البيع وسائر التصرفات القولية والانتفاعات وسائر التصرفات العقلية فهو ممنوع من جميعها ولو وطء الجارية المرهونة لم يخل إما أن يطأ بدون اذن الراهن أو باذنه (الحالة الأولى) ان يطأ بدون اذنه فهو كما لو وطء غير المرهونة وان ظنها زوجته أو أمته فلا حد وعليه المهر والولد حر نسيب وعليه قيمته للراهن وان لم يظن ذلك ولم يدع جهلا فهو زان يلزمه الحد كما لو وطء المستأجر الجارية المكراة ويجب المهر إن كانت مكرهة وان كانت مطاوعة لم يجب علي الأصح وهذا الخلاف بتوجيهه مذكور في الغصب وان ادعى الجهل بالتحريم لم يقبل إلا أن يكون حديث العهد بالاسلام أو نشأ فى بادية بعيدة عن علماء المسلمين فقبل قوله لدفع الحد وحكي المسعودى فى قبوله لثبوت النسب خلافا للاصحاب وأجرى مسألة فى حرية الولد ووجوب المهر والأصح ثبوت الكل لأن الشبهة كما تدرأ الحد تثبت النسب والحرية واذا سقط الحد وجب المهر (والثانية) أن يطأ باذنه فان علم أنه حرام فظاهر المذهب أنه يجب عليه الحد وفيه وجه أنه لايجب لاختلاف العلماء فان عطاء بن أبي رباح رضى الله عنه كان يجوز وطء الجارية باذن مالكها وان ادعي الجهل بالتحريم فوجهان (أحدهما) أنه لايقبل إلا أن يكون حديث العهد بالاسلام أو من فى معناه كما فى الحالة الأولى (وأصحهما) و به قال القاضى أبو الطيب أنه يقبل و يرفع الحد وان نشأ بين المسلمين لأن التحريم بعد الاذن لما خفى على عطاء مع أنه من علماء التابعين لايبعد

فلقيه ببلد آخر لايتعامل فيه به فقال خذه لزمه أخذه كما لو حرمه السلطان فى بلده وقيل لايلزمه أخذه وقيل ان كان لايتعامل به البتة لايلزمه أخذه وان كان يتعامل به لكن ليس برائج يلزمه أخذه وأصل هذه المسألة رجل يثبت له على آخر عشر درهم يلزمه أخذه أو يبرئه *

﴿ فصل ﴾ فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة * قد تقدم ذكر الأصح من مذهبنا أن له الابدال فيما اذا خرج المقبوض عن الموصوف فى الذمة معيبا بعد التفرق و بذلك قال أبو حنيفة رضى الله عنه وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل فى إحدى الروايتين والاوزاعى والليث بن سعد والحسن بن حسين حكاه عنهم العبدري وقال صاحب المحيط من الحنفية فى كتاب الصرف فى باب خيار الرد بالربا فيه والاستحقاق ولو وجد أحد المتصارفين الدراهم المقبوضة زيوفا أو كاسدة أو رائجة فى بعض التجارات دون بعض وذلك عيب عندهم فله أن يردها ويستبدل غيرها أن العقد يقتضى سلامة البدل كما فى بيع العين والكلام فى صحة الاستبدال في مجلس الرد من باب السلم ولو اشترى فضة فوجدها رديئة بغير عيب لايردها لأن الرداءة ليست بعيب بل صفة تخلق عليها إلا أنه ليس بجيد وصفة الجودة لاتستحق بالعقد إلا بالشرط كما لو اشترى حنطة فوجدها أردأ حنطة ليس له ردها إلا اذا اشترط جودتها وقال صاحب المحيط الحنفى أيضا فى باب ماينتقض القبض فيه من باب السلم ولو وجد رأس المال مستحقا ومعيبا فلا يخلوا اما أن يكون رأس المال عينا أو دينا فوجده مستحقا أو معيبا فرده فى المجلس أو بعد الافتراق فان أجاز المستحق أو رضى المسلم اليه بالعيب جاز السلم لأنه سلم له البدل والأصل أن صحة القبض تقف على اجازته فاذا أجاز يظهر أن قبضه وقع صحيحاً وان لم يجز المستحق ولم يرض

خفاؤه على العوام فاذا اندفع الحد فهل يلزمه المهر (أما) إذا كانت مطاوعة فلا لانضمام اذن المستحق إلى طواعيتها (وأما) إذا كانت مكرهة فقولان (أحدهما) أنه لايجب أيضاً لأن مستحق المهر قد أذن فاشبه ماو زنت الحرة (وأصحهما) و به قال أبو حنيفة يجب لأن وجوب المهر حيث لايجب الحد حق الشرع فلا يؤثر فيه الاذن كما أن المفوضة تستحق المهر بالدخول مع تفويضها وان كان قد أولدها بوطئه فالولد حر نسيب وفى وجوب قيمة الولد طريقان (أحدهما) أنه على القولين فى المهر (وأصحهما) الوجوب جزماً والفرق أن الاذن فى الوطء رضا باتلاف المنفعة وليس رضا بالاحبال جزماً وأيضا فان الاذن لاأثر له فى حرية الولد وانما الموجب له ظن الواطىء فحسب ولاتصير الجاريه أم ولد للمرتهن بحال وإن ملكها يوما من الدهر ففيه قولان إذا كانت الصورة صورة ثبوت النسب (وقوله) فى الكتاب فهو زان يمكن اعلامه - بالحاء - لأنه لاحد عليه فى رواية عند أبي حنيفة (وقوله) فان ظن إباحته فوطىء بالشبهة غير مجرى على اطلاقه بل المراد ما إذا كان حديث العهد

المسلم اليه بالعيب بطل السلم لأن العقد وقع على المعين ولم يسلم اليه فان كان رأس المال دينا وقبضه فان وجده مستحقا فى المجلس فان أجاز المستحق جاز اذا كان رأس المال قائما نص على ذلك الجامع وان لم يجز انتقض القبض بقدره من الأصل فصار كانه لم يقبض فان قبض مثله فى المجلس جاز والا فلا وإن وجد ستوقا أو رصاصا فان تجوز به بطل السلم لأنه من جنس حقه فيكون استبدالا برأس المال قبل القبض وذلك لايجوز وان رده وقبض آخر مكانه فى المجلس جاز السلم لانه لما رده وانتقض قبضه فكأنه لم يقبض وأخر القبض الى آخر المجلس جاز وان وجده زيوفا فان تجوز به جاز لانه من جنس حقه وان رده واستبدل مكانه فى المجلس جاز فأما اذا تفرقا فوجده مستحقا ان أجاز المالك ورأس المال قائم جاز والا بطل وان وجده ستوقا انتقض السلم بقدره تجوز به أو رده لان الستوقة ليست من جنس حقه فيكون افتراقا لاعن قبض هذا القدر *

﴿ فرع ﴾ حكم رأس مال السلم اذا وجد المسلم اليه عيبا حكم بدل الصرف على التفصيل الذى تقدم ذكره صاحب التهذيب وقد تقدم التنبيه على ذلك فى كلام المتولى والرويانى والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو أحال بالدنانير التى استحق فيها فى الصرف قبل الافتراق على رجل حاضر فان لم يقبضها المستحق لها من المحال عليه حتى افترقا بطل الصرف وان قبضها فى المجلس قبل الافتراق فوجهان حكاهما الماوردى (ان قلنا) الحوالة معاوضة لم يجز (وان قلنا) استيفاء جاز *

﴿ فرع ﴾ لو اشترى من صيرفى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار حصل للمشترى على الصيرفى عشرة دراهم فقال اجل هذه العشرة بدلا من الثمن لم يجز سواء حصلت العشرة على الصيرفى قبل الصرف أو بعده * وقال أبو حنيفة رضى الله عنه ان حصلت قبل الصرف لم يجز وان حصلت بعده جاز قاله الماوردى *

بالاسلام أو من فى معناه (وأما) قوله وفى وجوب المهر وقيمة الولد وجهان ففيه نظران (أحدهما) أن الخلاف فى المهر قولان لاوجهان وقد نص عليهما فى المختصر (والثانى) أنه أجاب بطريقة اثبات الخلاف فى القيمة والأصح عند الأئمة الطريقة النافية للخلاف ويجوز إعلام القيمة — بالواو — للاشارة اليها *

﴿ فرع ﴾ زعم المرتهن بعد الوطء أن الراهن قد باعها منه أو وهبها وأقبضها فانكر الراهن فالقول قوله مع يمينه فان حلف فهى والولد رقيقان له ثم لو ملكها يوما من الدهر فهى أم ولد له والولد حر لاقراره السابق كما لو أقر بحرية عبد الغير ثم اشتراه فان نكل الراهن وحلف المرتهن فالولد حر وهى أم ولد له *

قال ﴿ وهذه الاحكام تثبت فى غير الرهن وبدله الواجب بالجناية على المرهون إذ يسرى

﴿ فرع ﴾ اشترى بألف درهم من نقد سوق كذا فان كان نقد ذلك السوق مختلفاً بطل والا فوجهان (أظهرهما) الجواز (والثاني) لا لامكان التعيين قاله الماوردي ولو اشترى بألف درهم من ضرب كذا أو بما يضرب به السلطان لم يجز قاله (١) واذا شرط في الصرف أن الذهب يساوي كذا أو ما أشبه ذلك بطل الصرف لأنه ينافي مقتضاه قاله الماوردي وغيره وإن باعه بدينار إلا درهم فان جهلا أو أحدهما قيمة الدينار في الحال بطل البيع وان علماها فوجهان (أصحهما) البطلان قاله الماوردي واذا صرف بدينار فدفع اليه ديناراً راجحا قيراطا فأعطاه عن القيراط ذهبا مثله جاز وكذلك إذا أعطاه فضة معلومة أو جزافا صح لاختلاف الجنس ولو جهلا مقدار الرجحان فأعطاه به ذهبا مماثلا له صح كما لو باع سبيكة ذهب لايعلم وزنها بوزنها ذهبا يجوز إن جهلا القدر *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردي إذا قبض من رجل الف درهم من دين عليه فضمن له رجل بدل ما كان فيها من زائفة أو مبهرجة أو درهم لايجوز فالضمان جائز الحاقا بضمان الدرك وان كان متردداً بين الوجوب والاسقاط وهذه من منصوصات ابن سريج وان وجد القابض زائفا أو مبهرجا فهو بالخيار في ابدالها ان شاء على المؤدي وان شاء على الضامن فان ابدلها من المؤدي برىء الضامن وان أبدلها من الضامن يرجع الضامن على المؤدى إن كان الضمان باذنه فان قال الضامن اعطوني المردود لأعطيكم بدله لم يعطه إياه وقيل له الواجب أن تفسخ في القضاء على المردود فانت ترد على المضمون له ماضمنته وهذا المردود من مال المضمون عنه ولك الرجوع عليه بمثل ماأديت فلو أحضر القابض دراهم رديئة وقال هي ماقبضت وأنكراه جميعا فان كانت رداءتها بعيب فالقول قولهما مع اليمين لأنه

اليه حق الرهن حتى لاينفذ ابراء الرهن استقلالا ولا ابراء المرتهن إذ لادين له * ولا يسري الى الكسب والعقر (ح) والزيادات العينية (ح) كاللبن والولد (ح) والصوف والثمرة (ح) * فان كان الولد مجتنا حالة البيع والعقد كان تابعا * وان كان مجتنا في احدى الحالتين ففي تبعيته خلاف ﴾ *

مقصود هذه البقية بيان مايتعلق به حق الوثيقة وتثبت فيه أحكامها ولا شك في تعلقه بعين الرهن والكلام وراءها في بدل الرهن وزوائد المرهون *

﴿ الفصل الأول ﴾ في بدله * ومهما جنى على المرهون وأخذ من الجاني الارش انتقل حق الرهن اليه كما ينتقل الملك لقيامه مقام الأصل ويجعل في يد من كان الاصل في يده من المرتهن أو العدل والى ان يؤخذ هل يقال بانه مرهون (قال) قائلون لا لأنه دين والديون لاتكون مرهونة فاذا تعين صار مرهونا والحالة المتخللة كتخمر العصير وتخلله بعده وقال آخرون هو مرهون كما كان لأنه مال بخلاف الخمر ومنعوا خروجه عن كونه مرهونا بخروجه عن كونه عنبا وانما المسلم أنه لا رهن

(١) بياض بالاصل فحرر

ملك بالقبض و برئت ذمتهما منه وان كانت نحاسا أو غير فضة فالقول قوله مع يمينه لأن أصل الدين ثابت وانما أقر بقبض النحاس وهو لايكون قبضا عن الفضة (قلت) وقوله أن القول قوله اذا كانت نحاسا أو غير فضة هو قول ابن سريج وفى المسألة خلاف نتعرض له فى آخر باب السلم إن شاء الله تعالى فان المصنف ذكر فى التنبيه هناك وهذه المسألة يحتاج الناس اليها كثيراً فان كثيراً من الناس يقبض ماله في المعاملات وغيرها بالصيرفى ويعتمد على نقده و يظنون أنه بمجرد ذلك يلزم الصيرفى ضمان دركها وليس كذلك بل متى لم يصدر منه ضمان فهو أمين لايلزمه شيء فيتعين لمن يريد الاحتراز من ذلك أن يدع الصيرفى يتلفظ بالضمان و يشهد عليه به * وما يخرج من الدراهم المتعارفة فى هذا الوقت و يرد القول فيه قول القابض على قول ابن سريج والماوردى لانه أكثر نحاسا من المتعامل به الذى تنزل المعاملة عليه فلا يصح أن يكون قضاء عنه فيكون كأخذ النحاس عن الفضة وليس كأخذ المعيب عن السليم هذا هو الظاهر عندى فى ذلك والله أعلم * والذى قاله الماوردى قريب مما قاله صاحب التهذيب فانه قال لو باع سلعة بدينار او تصارفا وتقابضا ثم جاء المشترى بدينار معيب فالقول قول من يرد مع يمينه هذا هو الاصح عندي وفيه وجه القول قول الدافع قال وكذلك لو أتى المسلم بالمسلم فيه معيبا فالقول قول المسلم مع يمينه على الاصح ولو كان قد تلف فى يد المسلم حلف وغرم التالف وطالبه بالجيد * وان كان العقد ورد على معين فالقول قول من أعطى مع يمينه لان الاصل قصر هذا العقد على السلامة قاله صاحب التهذيب قال الا ان يكون نحاسا لاقيمة له فالقول قول من يرده لانه يدعى فساد العقد والاصل بقاء ماله على ملكه (قلت) ولو خرج ذلك على الخلاف فى دعوى الصحة والفساد لم يبعد *

الدين ابتداء والخصم فى بدل المرهون انما هو الراهن لانه المالك كما لو جني على العبد المستأجر اوالمودع يكون الخصم فيها المالك فلو قعد على الخصومة فقولان في ان المرتهن هل يخاصم قال فى التهذيب (اصحهما) عند الاصحاب و به قال القفال انه لايخاصم قال ورأيت بخط شيخى أن المرتهن أن يدعي ويخاصم فيه وكذلك المستأجر إذا ادعى العين وقال لمن فى يده انها ملك فلان اجرها منى وانما لايدعى المستأجر القيمة لان حقه لايتعلق بها قال وهو القياس واذا خاصم فالمرتهن أن يحضر خصومته لتعلق حقه بما يأخذه ثم ان اقر به الجاني او اقام الراهن البينة او حلف بعد نكول المدعى عليه ثبتت الجناية وان نكل الراهن فهل يحلف المرتهن فيه قولان كما اذا نكل المفلس هل يحلف الغرماء واذا ثبتت الجناية فان كانت عمدا فللراهن ان يقتص و يبطل حق المرتهن وان عفا عن القصاص مطلقا ثبت المال ان قلنا مطلق العفو يوجب المال والا لم يجب وهو الاصح هكذا قاله صاحب

﴿ فرع ﴾ قال اصحابنا إذا باع ديناراً بدينار فليس من شرطه ان يتوازنا وقت العقد بل اذا وزنا قبله وعرفا المساواة بينهما جاز *

﴿ فرع ﴾ قال الاصحاب اذا كان معه عشرة دراهم ومع غيره دينار يساوى عشرين فأراد صاحب العشرة شراء نصف الدينار جاز ويقبضه كله ليكون نصفه قبضا بالشراء ونصفه وديعة ثم يتفقان على كنزه أو بيعه وجائز أن يكون بعد القبض عند أيهما شاء ولو أراد أن يشتريه كله وليس معه الا عشرة جاز أن يشتريه بعشرين فى ذمته ثم يقبضه منها العشرة التى معه من الثمن فاذا قبضها استقرضها منه فاذا قبضها قضاه العشرة التى بقيت عليه من ثمن الدينار وتقابضا ويكون لصاحب الدينار عليه عشرة قرضا هل يجوز ذلك فيه وجهان فى تعليق أبى الطيب والشامل والرافعى وغيرها والحاوى (أحدهما) وهو الأصح عند الرافعى لايجوز لأن القرض يملك بالتصرف وهذه الدراهم لم يتصرف فيها وإنما ردها اليه بحالها فكان ذلك فسخا للقرض وحكى المحاملى فى المجموع هذا الوجه عن أبى اسحق المروذى وقال فى المجرد إن الداركى نقله عن المروذى ولم يذكر القاضى حسين فى تعليقه غيره وعلله بأن التصرف فيه قبل انبرام العقد بينهما باطل وحكي المحاملى عن أبى اسحق أنه عاله بذلك وبأن (١) فأنه يجوز هكذا استشهد أبو الطيب وصاحب الشامل ولا فى كلام القاضى حسين الذى حكيته

(١) بياض بالاصل فحرر

التهذيب وان عفا على أن لامال (فان قلنا) إن موجب العمد أحد الأمرين لم يصح عفوه عن المال (وان قلنا) موجبه القود (فان قلنا) إن مطلق العفو لايوجب المال لم يجب شيء (وان قلنا) يوجبه فوجهان (أحدهما) يجب لحق المرتهن (وأصحها) المنع لأن القتل لم يوجبه وإنما يجب بعفوه المطلق أو بعفوه على المال وذلك نوع اكتساب منه وليس عليه الاكتساب للمرتهن وان لم يقبض فى الحال ولم يعف ففى اجباره على أحدهما طريقان (أحدهما) يجبر ليكون المرتهن على ثبت من أمره (والثانى) ان قلنا موجب العمد أحد الأمرين اجبر (وان قلنا) موجبه القود لم يجبر لأنه يملك اسقاطه فاجيره أولى بان يملكه *وان كانت الجناية خطأ أو عفا ووجب المال فعفا عن المال لم يصح عفوه لحق المرتهن وفيه قول أن العفو موقوف ويؤخذ المال فى الحال لحق المرتهن فان انفك الرهن رد الى الجانى وبان صحة العفو والا بان بطلانه ولو أراد الراهن أن يصالح عن الأرش الواجب على جنس آخر لم يجز إلا باذن المرتهن فاذا أذن صح وكان المأخوذ مرهونا هكذا نقلوه ولك أن تقول قدمر أنه إذا أذن فى البيع والدين مؤجل فباع يرتفع الرهن ولا يكون الثمن رهنا وأنه إذا اذن بشرط أن يكون الثمن رهنا ففي كونه رهنا قولان وقياسه أن يكون المصالح عليه كذلك لان الصلح بيع ولو أبرأ المرتهن الجانى لم يصح لانه ليس بمالك وهل يسقط حقه عن الوثيقة بهذا الابراء فيه وجهان (أحدهما) نعم

ماينازع فيه . هذا اذا كان ذلك قبل التخاير فلو كان ذلك بعد التخاير وقلنا إن التخاير بمنزلة التفرق وهو الصحيح فلا يجوز أيضا والا فيجوز قاله القاضى حسين (أما) لو استقرض منه غيرها ودفعها اليه عن بقية الثمن جاز قولا واحداً وصحح فى البحر الصحة ووافق القاضى أبا الطيب فى ذلك قال وعلى هذا لو باع درهما فى الذمة بدرهم فى الذمة ثم سلم أحدهما ثم اقترض الآخر وردها عليه هل يجوز فيه وجهان مبنيان على أن القرض متي يملك وعند أبى اسحق يبطل هذا الصرف ههنا لانه قبض قبل أن يستقر ملكه عليها إلا أنه لا يملكها الا بالتصرف (والوجه الثانى) وهو الاصح عند صاحب الشامل وشيخه أبي الطيب و به قال الشيخ أبي حامد على ماحكاه صاحب المجرد وقال ان الشافعى قاله فى الصرف نصا أنه يجوز وصححه أيضا ابن أبى عصرون لانه دفعها قضاء عما عليه وذلك تصرف كما اذا اشترى بها النصف الآخر من الدينار *

﴿ فرع ﴾ يجوز أن يشترى الدراهم من الصراف و يبيعها منه بعد القبض وتمام العقد بالتفرق أوالتخاير بأقل من الثمن أو أكثر سواء جرت له بذلك عادة أم لا مالم يكن ذلك مشروطا فى عقد البيع

و يخلص المأخوذ الراهن كما لو صرح باسقاط حق الوثيقة (وأصحهما) لا لأنه لم يصح ابراؤه فلا يصح مايتضمنه الابراء كما لو وهب المرهون من انسان لم يصح ولا يبطل الرهن *

﴿ الفصل الثانى ﴾ فى زوائد المرهون وهي إما متصلة كسمن العبد وكبر الشجرة والثمرة فتتبع الاصل فى الرهن أو منفصلة كالثمرة والولد واللبن والبيض والصوف فلا يسرى اليها الرهن و به قال أحمد وعند أبى حنيفة يسرى وقال مالك الولد مرهون والثمرة غير مرهونة • لنا القياس على ولد الجارية الجانية فان الارش لا يتعلق به بالاتفاق وكما أن هذه الزوائد غير مرهونة فكذلك مهر الجارية إذا وطئت بالشبهة بل أولى لأنه غير حاصل من نفس المرهون وعند أبى حنيفة هو مرهون ايضاً ولا خلاف فى أن كسب المرهون ليس بمرهون هذا فى الزوائد الحادثة بعد الرهن ولو رهن حاملا أو مست الحاجة إلى البيع وهى حامل بعد فيباع كذلك فى الدين لانا ان قلنا الحمل يعلم فكانه صرح برهنها والا فقد رهنها والحمل محض صفة ولو ولدت قبل البيع فهل الولد رهن فيه قولان مبنيان على أن الحمل هل يعلم (ان قلنا) لا فهو كالحادث بعد العقد (وان قلنا) نعم فهو رهن يباع مع الأم كما لو رهن سنين وزاد الشيخ أبو محمد فقال ان قلنا نعم ففى كونه مرهونا قولان لضعف الرهن عن الاستتباع وقد سبق نظائره فان قلنا الولد لايكون مرهونا فلو صرح فى العقد وقال رهنتها مع حملها قال الامام فيه تردد للاصحاب والظاهر أنه لايكون مرهونا أيضا إذ لو جاز ذلك لجاز افراده بالرهن ولو حبلت بعد الرهن وكانت حاملا عند الحاجة إلى البيع (فان قلنا) الحمل لا يعلم بيعت وهو كزيادة متصلة (وان قلنا)

قاله الشافعي والاصحاب خلافا لمالك حيث قال ان كان ذلك عادة له حرم وتمسك الاصحاب بأن العادة الخاصة لاتنزل منزلة الشرط كما لو نكح من عادته الطلاق لايجعل ذلك كشرط الطلاق في العقد وكذلك لافرق بين أن يكون ذلك مقصودا أو غير مقصود حتى قال القاضي حسين وغيره اذا كان معه دينار وأراد أن يبيعه بدينار وسدس أو أكثر منه فالحيلة أن يبيع الدينار منه بالدراهم ويتقابضا العوضين ويتخايرا ثم يشتري منه بتلك الدراهم دينارا وسدسا أو مايزيد قال الاصحاب واذا أراد بيع صحاح بمكسرة أكثر من وزنها يبيع الدراهم بالدنانير أوالدنانير بالدراهم أو بعرض ثم اذا تقابضا وتفرقا وتخايرا اشترى بالدراهم أو بذلك العرض المكسرة ويجوز ذلك سواء فعله فى مجلس واحد مرة أو مرارا وقد أطبق جمهور الاصحاب تبعا للشافعي على ذلك مع مخالفة الأئمة الثلاثة ولو كان ذلك فى غير أموال الربا جاز أيضا من غير فرق بين أن يكون العقد الاول حالا أو مؤجلا فيجوز أن يبيع الشيء الى أجل قال الشافعي رحمه الله من باع سلعة من السلع الى أجل وقبضها المشترى فلا بأس أن يبيعها من الذي اشتراها منه بأقل من الثمن أو أكثر أو دين أو نقد لانها بيعة غير البيعة الاولى وقال بعض الناس لايشتريها البائع بأقل من الثمن وزعم أن القياس أن ذلك جائز ولكنه زعم تتبع الأثر ومحمود منه أن يتبع الاثر الصحيح فلما سئل عن الاثر اذا هو «أبو اسحق عن امرأته عالية بنت أنفع أنها دخلت مع امرأة أبي السفر على عائشة فذكرت لعائشة بيعا باعته من زيد بن أرقم بكذا أو كذا

يعلم لم يكن الولد مرهونا وتعذر بيعها الان استثناء الحمل لايمكن ولاسبيل إلى بيعها حاملا ويوزع الثمن على الام والحمل لان الحمل لاتعرف قيمته * ولو رهن نخلة ثم اطلعت فطريقان (أحدهما) أن بيعها مع الطلع على قولين كما فى الحمل (والثاني) القطع بان الطلع غير مرهون لانه يمكن افراده بالعقد فلا يجعل بيعا فاذا قلنا إنه غير مرهون تباع النخلة ويستثني الطلع بخلاف الجارية الحامل ولو كانت مطلعة وقت الرهن ففى دخول الطلع ماسبق فى الباب الأول فان أدخلناه فجاء وقت البيع وهو طلع بعد بيع مع النخل ولو أبرت فطريقان (أحدهما) ان الحكم كما ولدت الحامل (والثانى) القطع ببيعه مع النخل لانه معلوم مشاهد وقت الرهن (وقوله) فى الكتاب والزيادات العينية أراد به الزيادات الحادثة من العين لا كالكسب والمهر (وقوله) حالة الرهن والبيع يقتضى اعتبار نفس العقد فى مقارنة الولد وحدوثه بعده والامر على مايدل عليه ظاهره وكذا القول فى سائر الزوائد وحكى الامام وجها آخر أن الاعتبار بحالة القبض لان الرهن به يتم *

﴿ فرع ﴾ أرش الجناية على المرهونة وافتضاض البكر مرهونان لانهما بدل جزء من المرهون وليسا من الزوائد *

الى العطا ثم اشترته منه بأقل من ذلك فقالت عائشة رضى الله عنها بئس ماشريت وبئس مااشتريت أخبري زيد بن أرقم أن الله عز وجل قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ الاأن يتوب» وقال في الام فى باب بيع الآجال أصل ماذهب اليه من ذهب فى بيوع الآجال أنهم رووا عن عالية بنت أنفع «أنها سمعت عائشة أو سمعت امرأة أبى السفر تروى عن عائشة أن امرأة سألتها عن بيع باعته من زيد بن أرقم بكذا وكذا الى العطا ثم اشترته منه بأقل نقداً فقالت عائشة بئس ماشريت و بئس ماابتعت أخبرى زيد بن أرقم أن الله عز وجل قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ﷺ» قال الشافعى رضى الله عنه قد تكون عائشة لو كان هذا ثابتا عنها عابت عليها بيعا الى العطاء لانه اجل غير معلوم وهذا مالايجيزه ولو اختلف بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فى شيء فقال بعضهم فيه شيئا وقال غيره خلافه فان أصل ما نذهب اليه أنا نأخذ بقول الذى معه القياس والذى معه القياس قول زيد بن أرقم . قال وجملة هذا أنا لانثبت مثله على عائشة مع أن زيدا لايبيع الا مايراه حلالا ولا يبتاع الا مثله * ولو أن رجلا باع شيئا أو ابتاعه نراه نحن محرما وهو يراه حلالا لم نزعم أن الله تعالى يحبط من عمله شيئا . وقد أشار الشافعى رضى

﴿ فرع ﴾ لو ضرب الجارية المرهونة ضارب فالقت جنيناً ميتا فعلى الضارب عشر قيمة الام ولا يكون مرهوناً لانه بدل الولد وإن دخلها نقص لم يجب بسببه شيء آخر ولكن قدر أرش النقصان من العشر يكون رهنا وان القته حيا ومات ففيما يجب على الجانى قولان (أصحهما) قيمة الجنين حيا وأرش نقص الام ان انتقصت فعلى هذا القيمة للراهن والارش مرهون (والثانى) أكثر الامرين من أرش النقص أو قيمة الجنين فعلى هذا إن كان الأرش أكثر فالمأخوذ رهن كله وان كانت القيمة أكثر فقدر الأرش من المأخوذ رهن والبهيمة المرهونة إذا ضربت فالقت جنينا ميتا فلا شيء على الضارب سوى أرش النقصان ان نقصت و يكون رهنا *

قال ﴿ الطرف الثالث فى فك الرهن وهو حاصل بالتفاسخ * وفوات عين المرهون بآفة سماوية * ويلتحق به ما إذا جني العبد و بيع فى الدين فانه فات بغير بدل * وكما يقدم حق المجنى عليه علي حق المالك يقدم علي حق المرتهن ﴾*

الرهن ينفك باسباب (أحدها) الفسخ منهما أو من المرتهن وحده فان الرهن جائز من جهته (والثانى) تلف المرهون بآفة سماوية ولو جني العبد المرهون لم يبطل الرهن بمجرد الجناية ولكن ينظر أتتعلق الجناية باجنبي أم بالسيد (القسم الأول) أن تتعلق باجنبي فيقدم حق المجني عليه لأن حقه متعين فى الرقبة وحق المرتهن متعلق بذمة الراهن و بالرقبة وأيضا فان حق المجني عليه متقدم

الله عنه فى هذا الكلام الي جميع مايقال فى الجواب عن هذا الاثر فاتكلم عليه ان شاء الله تعالى.
(اعلم) أن هذا الاثر رواه الدارقطنى من طريق داود بن الزبرقان عن معمر عن أبى اسحق عن امرأته «أنها دخلت علي عائشة رضى الله عنها فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم الانصارى وامرأة أخرى فقالت أم ولد زيد بن أرقم ياأم المؤمنين انى بعت غلاما من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة وانى ابتعته بستمائة نقدا فذكرته» وهذا أسلم فى الدلالة لهم من الأول فانه أطلق النسيئة ولم يعين أنه الى العطاء حتى يحمد المنع الى الجهالة لكن هذا الاسناد فيه داود بن الزبرقان وقال يحيي بن معين وليس بشيء وقال على بن المديني كتبت عنه شيئا يسيرا و رميت به وضعفه جدا وقال الجرجانى إنه كذاب وقال أبو زرعة متروك الحديث وقال البخارى هو مضرب الحديث وقال ابن أبي عدى هو فى جملة الضعفاء الذين يكتب حديثهم روى له الترمذى وابن ماجه وقال ابن حبان داود بن الزبرقان لاأتهمه فى الحديث وقال أبو حاتم داود بن الزبرقان شيخ صالح يحفظ الحديث و يذاكر ولكنه كان يهم فى المذاكرة و يغلط فى الرواية اذا حدث من حفظه ويأتى عن الثقات ماليس من أحاديثهم فلما نظر يحيي

على حق المالك فأولى أن يتقدم على حق المستوثق ثم ان أوجبت الجناية القصاص واقتص المجني عليه بطل الرهن وان أوجبت المال أوعفا على مال بيع العبد فى الجناية و بطل الرهن أيضا حتى لو عاد إلى ملك الراهن لم يكن رهنا إلا بعقد جديد * ولو كان الواجب دون قيمة العبد بيع منه بقدر الواجب و بقي الباقى رهنا فان تعذر بيع البعض أو انتقص بالتشقيص بيع الكل ومافضل من الثمن عن الأرش يكون رهنا ولو عفى المجنى عليه عن المال أو فداه الراهن بقي العبد رهنا كما كان وكذا لو فداه المرتهن ثم فى رجوعه على الراهن ماذكرناه فى رهن أرض الخراج وعند أبى حنيفة ضمان جناية المرهون على المرتهن بناء علي أن المرهون مضمون عليه فان فداه المرتهن بقى رهنا ولا رجوع له بالفداء وان فداه السيد أو بيع فى الجناية سقط دين المرتهن ان كان بقدر الفداء أو دونه وهذا كله فيما إذا جنى العبد بغير اذن السيد أما إذا أمره السيد بذلك نظر ان لم يكن مميزاً أو كان أعجمياً يعتقد وجوب طاعة السيد فى كل مايأمره به فالجاني هو السيد وعليه القصاص أو الضمان وهل يتعلق المال برقبته فيه وجهان يذكران فى موضعها والأظهر المنع (واذا قلنا) يتعلق فيبيع فى الجناية فعلى السيد أن يرهن قيمته مكانه واذا جني مثل هذا العبد فقال السيد أنا أمرته بذلك لم يقبل قوله فى حق المجنى عليه بل يباع العبد فيها وعلي السيد القيمة لاقراره وان كان العبد مميزاً يعرف أنه لايطاع السيد فيه بالغا كان أو غير بالغ فهو كما لو لم يأذن السيد إلا أنه يأثم بما فعل واذا عرفت ماذكرناه لم يخف عليك أن قوله و بيع فى الدين أراد به دين الجناية فان الغرض فيما إذا ثبتت الجناية الى السيد والا فلا يكون الفوات بغير بدل *

الى تنكر الاحاديث أنكرها وأطلق عليه الجرح بها (وأما)أحمد بن حنبل فانه علم ماقلناوأنه لم يكن بالمتعمد فى شيء من ذلك ولا يستحق الانسان الجرح بالخطأ يخطأ أو الوهم بوهم مالم يفحش ذلك حتي يكون الغالب على أمره فاذا كان كذلك استحق الترك وداود بن الز برقان عنده صدوق فيما وافق الثقات إلا أنه لايحتج به اذا انفرد * هذا كلام ابن حبان وجعله من المختلف فيهم ووعدهنا بأن يملى كتابا فيهم ويذكر السبب الداعى لهم فى ذلك والصواب فيه لئلا يطلق ثلى مسلم الجرح بغير علم وقال النسائى داود بن الز برقان ليس بثقة ورواه أبو الحسن الدارقطنى أيضاً عن محمد بن مخلد قال حدثنا عباس ومحمد قال حدثنا فرداد ابو نوح قال حدثنا يونس بن أبي اسحق عن أمه العالية قالت خرجت أنا وأم محبة الى مكة فدخلنا على عائشة رضي الله عنها فسلمنا عليها فقالت لنا ممن أنتن قلنا من أهل الكوفة قالت فكأنها أعرضت عنا فقالت لها أم محبة ياأم المؤمنين كانت لى جارية وإنى بعتها من زيد بن أرقم الانصارى بثمانمائة درهم الى عطائه وإنه أراد بيعها فابتعتها منه بستمائة نقدا قالت فاقبلت عليها فقالت بئس ماشريت و بئس مااشتريت فابلغى زيدا أن الله قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب فقالت لها أرأيت إن لم آخذ منه الا رأس مالى قالت فمن

قال ﴿ فان جني على عبد السيد أو السيد نفسه فله القصاص كما للاجنبي * وليس له الارش والبيع اذلا يستحق شيئا على عبد نفسه * ولو جنى على عبد أبيه وانتقل اليه بموته ففى استحقاقه الفك خلاف لأنه في حكم الدوام * وان جني على آخر له مرهون من غير هذا المرتهن فله قتله * وان فات حق المرتهن فان عفا على مال تعلق حق مرتهن القتيل بالعبد * وان عفا بغير مال فهو كعفو المحجور عليه * ولو أوجب أرشاً فلمرتهن القتيل أن يطلب بيعه فى حقه * وان كان القتيل أيضا مرهونا عنده فهو فوات محض في حقه إلا أن يكون القتيل مرهونا بدين آخر يخالف هذا الدين فله بيعه وجعل ثمنه رهنا بالدين الآخر ﴾ *

(القسم الثانى) أن تتعلق الجناية بالسيد وفيه مسائل (إحداها)اذا جنى العبد المرهون على طرف سيده عمداً فله القصاص للزجر والانتقام وهو احوج الى ذلك من الاجانب فان اقتص بطل الرهن وان عفا على مال أو كانت الجناية خطأ فعن ابن سريج أنه يثبت المال و يتوصل الراهن به الى فك الرهن (والمذهب) أنه لايثبت لان السيد لايثبت له على عبده مال و يبقى الرهن كما كان وان جنى على نفسه عمدا فللوارث القصاص فان عفا على مال أو كانت الجناية خطأ ففى ثبوت المال قولان منقولان عن الأم (أحدهما) يثبت لان الجناية ههنا حصلت فى ملك غير الوارث فجاز أن يثبت له المال كما ثبت للأجنبي (وأصحهما) أنه لايثبت أيضاً لأنه لو ثبت لثبت على مملوكه والقولان عند

جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وهـذا اسناد (١) وحجة المخالف أيضا فى ذلك ماروراه أبو داود من حديث أبي عبد الرحمن الخراساني أن عطاء الخراسانى حدثه أن نافعا حدثه عن ابن عمر رضى الله عنهما قال «سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله تعالى عليكم ذلا لاينزعه حتي ترجعوا الي دينكم» انفرد أبو داود عن بقية الأئمة الستة بتخريج هذا الحديث ولم يذكر الخطابى فى كلامه على السنن هذا الباب بالجملة الكافية وفسر أبو عبيد أحمد بن محمد الهروى العينة هو أن يبيع الرجل من رجل سلعة بثمن معلوم الى أجل مسمى ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الذى باعها به قال وان اشترى بحضرة طالب العينة سلعة من آخر بثمن معلوم وقبضها ثم باعها من طالب العينة بثمن أكثر مما اشتراه الى أجل مسمى ثم باعها المشترى من البائع الأول بالنقد بأقل من الثمن فهذه أيضا عينة وهى أهون من الأولى وهو جائز عند بعضهم وسميت عينة بحصول النقد لصاحب العينة وذلك أن العين هو المال الحاضر فالمشترى انما يشتريها ليبيعها بعين حاضر يصل اليه من نقده انتهى كلام الهروى وجعله اسم العينة يشمل الأمرين المذكورين مختلف فيه منهم من جعل العينة اسما للثانى فقط ويسمى الأول الذى نحن فيه شراء ماباع باقل مما باع وهذا صنع الحنفية وعباراتهم وقال ابن فارس وغيره من أهل اللغة العينة السلف وعينة كل شىء خياره قالوا ويقال أعيان اذا اشتري بالعينة وا ا أسلف: وأنشد الشيخ أبو حامد قول الشاعر

أأدان أم نعتان أم تنبرى * لنا فهى مثل حد السيف هزت مضاربه

بياض بالاصل فحرر

أبى هريرة والشيخ أبى حامد مبنيان على أن الدية تثبت للوارث ابتداء أم يتلقاها الوارث من القتيل (ان قلنا) بالاول ثبت المال لاستفادته فى جناية على الغير (وان قلنا) بالثانى لم يثبت لانه لم يثبت للقتيل حق يتلقى منه وأبى الجمهور هذا البناء وقالوا قضية القولين أن لايثبت شيء (أما) اذا قلنا بالتلقى فظاهر (وأما) اذا قلنا بالقول الآخر فلانه كما يمنع ابتداء اثبات الملك للمالك في ماله دما وانما يمنع ابتداؤه للمالك ابتداء (الثانية) لو جني على طرف من يرثه السيد كأبيه وابنه عمدا فله القصاص وله العفو على مال ولو جني خطأ ثبت المال فان مات قبل الاستيفاء وورثه السيد فوجهان (أصحهما) عند الصيدلانى والامام أنه كما انتقل اليه سقط ولا يجوز أن يثبت له على عبده استدامة الدين كما لايجوز له ابتداءه والثانى وهو الذى أورده العراقيون أنه لايسقط وله بيعه فيه كما كان للمورث ويحتمل فى الاستدامة مالايحتمل فى الابتداء وشبه الأصحاب الوجهين بالوجهين فيما اذا ثبت له دين على عبد غيره ثم ملكه يسقط أو يبقى حتى يتبعه به بعد العتق واستبعد الامام هذا التشبيه وقال كيف يكون الاستحقاق الطارىء

ويصحح الحنفية الثاني المسمى عندهم بالعينة دون الأول ومن العلماء من يجعل اسم العينة شاملا للامرين جميعا كما قال الهروي وكذلك اطلاق أصحابنا وإلى ذلك جنح المالكيون والاحتجاج بحديث «النهي عن العينة حسد» يكون من جهتهم لامن جهة الحنفية (والجواب) عن الحديث المذكور أنه من رواية أبي عبد الرحمن الخراساني واسمه اسحق بن أسيد ـ بفتح الهمزة ـ قال أبو حاتم الراوي فيه شيخ ليس بالمشهور ولا يستقل به وعن أبي أحمد بن عدي قال هو مجهول ولعل المراد بذلك جهالة الحال فانه قد روى عنه حيوة بن سريج في هذا الاسناد الذي في السنن والليث بن سعد ذكر ذلك البخاري في تاريخه وابن أبي حاتم في كتابه عن أبيه وأبي زرعة وروى عنه أيضا سعيد بن أبي أيوب قاله البخاري في تاريخه وابن لهيعة قاله ابو حاتم فقد ارتفعت جهالة العين واعترض كل من الفريقين عن الآخر به عن الحديثين باعتراضات (منها) أن قول عائشة رضي الله عنها وتغليظها في ذلك لا يكون مثله في مسائل الاجتهاد فدل على أنه توقيف (ومنها) أن الحمل علي أن ذلك للتأجيل بالعطاء ممتنع لأن عائشة رضي الله عنها كانت تذهب الى جواز البيع الى العطاء (ومنها) أنها ثبتت جهة المنع في ذلك وانه ما يتعلق بالربا لما استشهدت بقوله تعالى «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى» وقد تقدم قول إمام الحرمين في التوفيق بين النقلين عن عائشة وبقية ماقالوه ممنوع وقد سلموا أن القياس الجواز * قالت المالكية الا أن تركه واجب لما هو أقوى منه وهو وجوب القول بالذرائع والقول بالذرائع أصل في

على الملك بمثابة الملك الطارىء على الاستحقاق ثم أجاب بأن الدين اذا ثبت لغيره فنقله اليه بالارث إدامة لما كان كما أن ابقاء الدين الذى كان له على عبد الغير بعد ما ملكه إدامة لما كان فانتظم التشبيه من هذا الوجه والى هذا المعنى أشار صاحب الكتاب بقوله لأنه في حكم الدوام * ولو كانت الجناية على نفس موزثه وكانت عمداً فللسيد الاقتصاص فان عفا على مال أو كانت خطأ بني ذلك على أن الدية تثبت للوارث ابتداء أم يتلقاها عن المورث (ان قلنا بالاول) لم يثبت (وان قلنا) بالثاني فعلى الوجهين فيما اذا جني على طرفه ثم انتقل اليه بالارث (الثالثة) لو قتل عبداً آخر الراهن نظر ان لم يكن المقتول مرهونا فهو كما لو جنى على السيد والحكم في القن والمدبر وأم الولد سواء وان كان مرهونا أيضا فله حالتان (إحداهما) أن يكون مرهونا عند غير مرتهن القاتل فان قتل عمداً فللسيد الاقتصاص ويبطل الرهنان جميعاً وان عفا على مال أو كان القتل خطأ وجب المال متعلقا برقبة العبد لحق مرتهن القتيل فان السيد لو أتلف المرهون لغرم لحق المرتهن فلأن يتعلق الغرم بعبده كان أولى وان عفا بغير مال (فان قلنا) موجب العمد أحد الأمرين وجب المال ولم يصح عفوه عنه الا برضى المرتهن (وان قلنا) موجبه القود (فان قلنا) مطلق العفو لا يوجب المال لم يثبت شيء (وان قلنا) يوجبه فوجهان قال

نفسه مقدم الا أن الجزء مقدم عليه قالوا ووجه الذريعة فيها هو أن البائع دفع مائة نقدا ليأخذ مائة وخمسين الى أجل وذكر السلعة والتبايع لغو وهذه ذريعة لاهل العينة أن يقول الرجل للرجل اتبيع لى هذه السلعة بعشرة دنانير وأنا أربحك دينارا فيفعل ذلك فيحصل منه قرض عشرة دنانير باحد عشر من غير حاجة بالبائع الى السلعة وإنما تدرع بها الى قرض ذهب باكثر منها واذا وجدنا فعلا من الافعال يقع على وجه واحد ولا يختلف الا بالنية من فاعله والقصد وكان ظاهره واحدا ولم يكن لنا طريق الى تمييز مقاصد الناس ولا الى تفصيل قصودهم وأغراضهم وجب حسم الباب وقطع النظر اليه فهذا وجه بناء هذه المسألة على الذريعة قالوا فان سلم لنا هذا الاصل بنينا الكلام عليه وإن لم يسلم نقل الكلام اليه هذا ماعولت عليه المالكية والنزاع معهم فى هذا الاصل مشهور فى الاصل وقد وافقونا كما ظهر من كلامهم على عدم اناطة الاحكام بالمقاصد ووجوب ربطها بمظان ظاهرة فقد يوجد القصد الفاسد فى عقد نتفق نحن وهم على الحكم بصحته وقد يعدم القصد الفاسد فى عقد يحكمون هم بفساده والحكم حينئذ بالفساد احتكام بنصب شيء مفسد وذلك منصب الشارع ليس لآحاد الفقهاء استقلال به فاذا لم يكن الرجوع الى المقاصد الخفية جائز اتفاقا فالاولى الاعتماد على ظواهر العقود الشرعية وعدم الاحكام بأمر آخر وليس هذا موضوع الاطناب فى ذلك وقد استدل الاصحاب فى هذه المسألة وشبهها بالحديث الثابت فى الصحيحين عن أبي سعيد وأبي هريرة أن رسول الله ﷺ « استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال أكل تمر خيبر هكذا قال انا لناخذ الصاع بالصاعين والصاعين بالثلاثة قال لاتفعل بع الجميع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا » ولم يفصل بين أن يشتري من المشترى أو من غيره فقد أرشده

فى التهذيب (أصحها) أنه لايثبت أيضاً لأن القتل غير موجب على هذا التقدير فعفوه المطلق أوعلى مال نوع اكتساب للمرتهن وان عفا مطلقا (فان قلنا) مطلق العفو يوجب المال يثبت عليه المال كما لو عفا على مال (وان قلنا) لايوجبه صح العفو و بطل رهن مرتهن القتيل و بقى القاتل رهنا كما كان والحكم فى عفو المفلس المحجور عليه كالحكم في عفو الراهن والراهن محجور عليه فى الرهون كما أن المفلس محجور عليه فى جميع أحواله ثم مهما وجب المال نظر ان كان الواجب أكثر من قيمة القاتل أو مثلها فوجهان (أحدهما) أنه ينقل القاتل الى يد مرتهن القتيل ولايباع لأنه لافائدة فيه (وأظهرهما) وهو اختيار القاضى الحسين أنه يباع و يجعل الثمن فى يده لان حقه فى مالية العبد لافي العين وأيضاً فقد رغب راغب بزيادة فيتوثق مرتهن القاتل بتلك الزيادة وان كان أكثر من قيمة القاتل فعلى الوجه الاول ينقل من القاتل بقدر الواجب الى مرتهن القتيل وعلى الثانى يباع منه قدر الواجب ويبقى

صلى الله عليه وسلم الى الخلاص من الربا بذلك وان كان المقصود تحصيل الجنيب بالجمع وقد أطنب المالكية فى فروع هاتين المسألتين والاولى التى صدرنا الكلام بها مترجمة عندهم ببيوع الآجال وتنقسم أقساما كثيرة جداً وفى بعضها ماهو صحيح عندهم والمسألة الثانية مسألة العينة والله تعالى أعلم *

واعلم أن المسألة تارة تفرض فى الصرف فلا يتصور دخول الاجل فيها وتارة تفرض فى غير الصرف فتقع تارة بدون الأجل وتارة بالأجل و بوب الأصحاب لها باب الرجل يبيع الشيء بأجل ثم يشتريه بأقل من الثمن فهذه الترجمة أخص من شراء ماباع بأقل مما باع وكل ذلك عندنا جائز قال القاضى حسين فى تعليقه سمعت القاضى أبا على يقول المسألة عندنا أنه بيع ربح مالم يضمن وقد صح النهى عنه وانما أدعبناه لأن حقيقة الربح الفاضل له بالعقد الثانى على ماملك عليه بالعقد الأول أو فضل مابين المضمون عليه بالبيع والمضمون عليه بالشراء والانسان مرة يربح بأن يبيع بأكثر مما اشترى وأخرى بأن يشترى بأقل مما باع والربح لايكاد يتحقق إلا بعقدين فتعود العين اليه مع خلوص الربح له وهذا مجرد الدعوى بل حقيقة الربح قصد ماملك على ماملك يدل عليه أنه لو باع الموروث أو الموهوب بأكثر من قيمته حسن أن يقال ربح عليه وان لم يكن مضمونا له فى الشرائط هذا كلام القاضى حسين وأبو على الذى حكى عنه القاضى هو من أصحاب ابى حنيفة رضى الله عنه فيما أظن *

الباقى رهنا فان تعذر بيع البعض أو نقص بالتشقيص بيع الكل وجعل الزائد على الواجب عن مرتهن القاتل *واعلم أن الوجهين انما يظهران فيما اذا طلب الراهن النقل وطلب مرتهن القتيل البيع ففى وجه يجاب هذا وفى وجه يجاب ذاك أما اذا طلب الراهن البيع ومرتهن القتيل النقل فالمجاب الراهن لأنه لاحق لصاحبه فى عينه ولو اتفق الراهن والمرتهنان على أحد الطريقين فهو المسلوك لامحالة ولو اتفق الراهن ومرتهن القتيل على النقل قال الامام ليس لمرتهن القاتل المنافسة فيه وطلب البيع وقضية التوجيه الثانى لأظهر الوجهين أن له ذلك (الحالة الثانية) أن يكون مرهونا عند مرتهن القاتل أيضاً فان كان العبدان مرهونين بدين واحد بعد انتقصت الوثيقة ولا مستدرك كما لومات أحدهما وان كانا مرهونين بدينين نظر فى الدينين أيختلفان حلولا وتأجيلا أم لايختلفان (أما) فى القسم الاول فله أن يتوثق لدين القتيل بالقاتل لأنه ان كان الحال دين القاتل فقد يريد الوثيقة بالمؤجل و يطالب الراهن بالحال فى الحال وان كان الحال دين المقتول فقد يريد استيفاءه من ثمنه فى الحال وكذا الحكم لو كانا مؤجلين وأحد الأجلين أطول (وأما) القسم الثانى فينظر أبين الدينين اختلاف فى القدر أم لا ان لم يكن بينهما اختلاف فى القدر كعشرة وعشرة فان كان العبدان مختلفا القيمة وكانت قيمة القتيل أكثر لم

﴿ فرع ﴾ كلام الشافعي رضي الله عنه صريح في أنه لافرق في جواز ذلك بين أن يكون بعادة أو بغير عادة وقد حكى الرافعي أن بالمنع أفتي الاستاذ أبو اسحق والشيخ أبو محمد إذا صار ذلك عادة فيبطل العقدان جميعا يعني لا لأجل سد الذرائع بل لأجل ان العادة تصير كالمشروطة قال ابن أبي الدم في شرح الوسيط ومسألة العينة قد عم العرف بها بالزيادة في النقود ولنا وجه فنقول في مذهبنا أن مايتقدم العقد التي لو امتزجت بالعقد لأفسدته فاذا تقدمت فيفسد العقد بها فيتأيد هـذا الوجه مع ضعفه بعموم العرف (فاما) ماقاله الأستاذ والشيخ أبو محمد فانه مخالف صريح كلام الشافعي فانه قال وعادة وغير عادة سواء (وأما) ماقاله ابن أبي الدم ان قصره على ماإذا فرض شرط متقدم فقياس ذلك الوجه الذي ذكره أن يأتي فيه وقد اعترف بضعفه (وأما) اعتبار العادة والعرف فـكلام الشافعي يأباه *

﴿ فرع ﴾ فان فرض الشرط مقارنا للعقد بطل بلا خلاف وليس محل الـكلام وانمـا

تنقل الوثيقة وان كانت قيمة القاتل أكثر نقل منه قدر قيمة القتيل الى دين القتيل و بقي الباقي رهناً بما كان وان كانا متساويين في القيمة بقي القـاتل مرهونا بما كان ولافائدة في النقل وان كان بين الدينين اختلاف كعشرة وخمسة نظر ان تساوى العبدان في القيمة أو كان القتيل أكثرهما قيمة فان كان المرهون بأكثر الدينين القتيل فله توثيقه بالقاتل وان كان المرهون بأقلهما القتيل فلافائدة في نقل الوثيقة وان كان القتيل أقلهما قيمة فان كان مرهونا بأقل الدينين فلا فائدة في نقل الوثيقة وان كان مرهونا بأكثرهما نقل من القاتل قدر قيمة القتيل الى الدين الآخر وحيث قلنا بنقل التوثيق فيباع و يقام ثمنه مقام القتيل أو مقام عينه مقامه فيه الوجهان السابقان (وقوله) في الـكتاب وله بيعه وجعل ثمنه رهنا بالدين الآخر يوافق أظهر الوجهين منهما (وقوله) بدين يخالف هذا الدين قد يبحث عنه فيقال ظاهره يقتضي تأثير اختلاف الدينين في الجنس كالاختلاف في القدر أو في الحلول والتأجيل وكذلك يقتضي تأثير اختلافهما في الاستقرار وعدم الاستقرار كما اذا كان أحدهما عوض مايتوقع رده بالعيب أو صداقا قبـل الدخول فهل الامر كذلك أم لا (الجواب) أما الاول فان صاحب الكتاب صرح في الوسيط بتأثير اختلاف الجنس وهو متجه في المعني لكن الشافعي رضي الله عنه نص على خلاف و به قال الاصحاب علي طبقاتهم وأما الثاني فان كان القاتل مرهونا بالدين المستقر فلامعني لنقل الوثيقة وان كان مرهونا بالآخر ففي الشامل ان أبا اسحق حكى فيه وجهين والا كثرون لم يعتبروا سوى ماقدمناه من وجوه الاختلاف والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو تساوى الدينان في الاوصاف وحكمنا بأن الوثيقة لاتنقل فلو قال المرتهن أني لا آمنه

محل الكلام فيما إذا لم يكن مشروطا فى العقد وذلك من الواضحات وممن صرح به أبو بكر المرعشى فى ترتيب الأقسام *

﴿ فرع ﴾ عرفت ان فى المسألة خلافا فيما إذا كان ثم عادة فان لم يكن ثم عادة فلا خلاف أعلمه فى المذهب فى الجواز فى المسألتين مسألة العينة ومسألة شراء ماباع باقل مما باع وفى كلام الاصحاب اطلاق العينة عليهما وجميع ماوقفت عليه من كتب المذهب جازمة بجواز ذلك وقال ابن الرفعة انه قد تنازع فى ذلك قول بعض الأصحاب وما حكيناه فى مسألة العينة ومسألة شراء ماباع بأقل مما باع من الجزم بالجواز هو الموجود فى أكثر كتب أصحابنا وقال ابن الرفعة انه قد ينازع فى ذلك قول بعض الاصحاب أن الشخص إذا باع فى مرض موته شقصا من دار بدون ثمن مثله ولوارثه فيه شفعة أن الوارث لايأخذ بالشفعة سدا لذريعة التبرع عليه وكذا قول الاصحاب أن الولى إذا باع على اليتيم شقصا له شفعة لايأخذه بالشفعة وقال هنا انه ذكر فى كتاب احياء الموات من كلام الشافعي فى منع الماء ليمنع به الكلأ مايقتضى اثبات قولين له فى سد الذرائع قال وذلك يقتضى اثبات قولين فى المبيع فيما نحن فيه كما صار اليه الخصم (قلت) والذى أحال عليه من كلام الشافعى

وقد أجنى فبيعوه وضعوا ثمنه مكانه هل يجاب اليه روي الامام فيه وجهين *

﴿ فرع ﴾ لو جني على مكاتب السيد ثم انتقل الحق اليه بموته أو عجزه فهو كما لو انتقل من المورث وقد مر *

قال ﴿ وينفك الرهن أيضاً بقضاء كل الدين * فان قضى بعضه بقى كل الرهون مرهونا ببقية الدين * وكذا اذا رهن عبدين وسلم أحدهما كان مرهونا بجملة الدين (ح) * وكذا لو تلف أحدهما إلا أن يتعدد العقد والصفقة أو مستحق الدين أو المستحق عليه فينفصل أحدهما عن الآخر ولاينظر الى تعدد الوكيل واتحاده * وفى النظر الى تعدد الملك فى المرهون المستعار من شخصين خلاف مهما قصد بقضائه فك نصيب أحدهما * واذا مات الراهن فقضى أحد ابنيه نصف الدين لم ينفك (و) نصيبه * ولو تعلق دين باقرار الورثة بالتركة فقضى واحد نصيبه ففى انفكاك الحصة قولان ﴾ *

(الثالث) من أسباب انفكاك الرهن براءة الذمة عن الدين بتمامه اما بالقضاء أو الابراء أو الحوالة أو الاقالة المسقطة للثمن المرهون به أو المسلم فيه المرهون به ولو اعتاض عن الدين عينا ارتفع الرهن أيضاً لتحول الحق من الذمة الى العين ثم لو تلفت العين قبل التسليم بطل الاعتياض ويعود الرهن كما عاد الدين قاله فى التتمة ولاينفك بالبراءة عن بعض الدين بعض الرهن كما أن حق الحبس

قوله فى باب احياء الموات من الأم بعد أن ذكر قول النبي ﷺ « من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله فضل رحمته » قال الشافعي وفى منع الماء ليمنع به الكلأ الذى هو من رحمة الله عام يحتمل معنيين (أحدهما) أن من كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل وكذلك ما كان ذريعة إلى احلال ماحرم الله تعالى قال الشافعي رضى الله عنه فاذا كان هذا هكذا ففى هذا مايثبت أن الذرائع فى الحلال والحرام تشبه معانى الحلال والحرام و يحتمل أن يكون منع الماء إنما يحرم لأنه فى معنى تلف على مالا غنى به لذوى الأرواح من الآدميين وغيرهم فاذا منعوا فضل الماء منعوا فضل الكلأ والمعني الأول أشبه والله أعلم * هذا كلام الشافعي رحمه الله بلفظه وقد تأملته فلم أجدفيه متعلقا قويا لاثبات قول سد الذرائع بل لان الذريعة تعطى حكم الشيء المتوصل بها اليه وذلك اذا كانت مستلزمة له كمنع الماء فانه مستلزم لمنع الكلأ ومنع الكلأ حرام ووسيلة الحرام حرام والذريعة هى الوسيلة فهذا القسم وهو ما كان من الوسائل مستلزما لانزاع فيه والعقد الأول ليس مستلزما للعقد الثانى لانه قد لايسمح له المشترى بالبيع أو يبذولها أو يمنع مانع آخر فكل عقد منفصل عن الآخر لاتلازم بينهما فسد الذرائع الذى هو محل الخلاف بيننا و بين المالكية أمر زائد

يبقى مابقى شيء من الثمن ولا يعتق شيء من المكاتب مابقى شيء من المال وهذا لان الرهن وثيقة لجميع الدين وكل جزء منه كالشهادة ولو رهن عبدين وسلم أحدهما كان المسلم مرهونا بجميع الدين خلافا لأبى حنيفة رحمه الله أنه لو سلمهما ثم تلف احدهما كان الباقى رهنا بجميع الدين فيقس عليه ولو رهن دارا فانهدمت بعد القبض فالنقض والعرصة رهونان بجميع الدين وانما الغرض انفكاك الرهن فى بعض المرهون دون بعض بأحد امور (أولها) تعدد العقد كما اذا رهن أحد نصفى العبد بعشرة فى صفقة ونصفه الآخر فى صفقة أخري (وقوله) وان تعدد العقد والصفقة لفظان مترادفان وقد يؤكد بمثلهما (والثانى) أن يتعدد المستحق للدين كما اذا رهن رجل من رجلين بدينهما عبدا بينهما صفقة واحدة ثم برئت ذمته عن دين أحدهما بأداء أو ابراء ينفك من الرهن بقسط دينه خلافا لابى حنيفة حيث قال لاينفك شيء حتي يؤدى دينهما جميعاً ولايخفى وجه قولنا فى المسألة ويجوز أن يعلم قوله فى الكتاب أو مستحق الدين مع الحاء بالواو لان عن صاحب التقريب رواية وجه غريب أنه اذا اتحد جهة الدينين كما لو أتلف عليهما مالا أو ابتاع منهما لم ينفك شيء بالبراءة عن دين أحدهما وإنما ينفك اذا اختلفت الجهتان (والثالث) ان يتعدد من عليه الدين كما لو رهن رجلان من رجل بدينه عليهما فاذا أدى أحدهما نصيبه أو برأه المستحق انفك نصيبه وعن أبي حنيفة فيما رواه الصيدلانى وغيره أنه لاينفك حتي يبرئا عن حقه جميعاً وجوز هذا الرهن وان لم يجوز رهن المشاع (والرابع) لو وكل رجلان رجلا ليرهن عبدهما من زيد بدينه عليهما فرهن ثم قضى أحد الموكلين ماعليه فعن بعض الاصحاب تخريجه على قولين

على مطلق الذرائع وليس فى لفظ الشافعي تعرض لها والذرائع التى تضمنها كلام لفظه لا نزاع فى اعتبارها قال أبو العباس القرافى المالكى (وأما) الذرائع فقد اجمعت الأمة على أنها ثلاثة أقسام (أحدها) معتبر اجماعاً كحفر الآبار فى طريق المسلمين والقاء السم فى أطعمتهم وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى حسدا (وثانيها) ملغى اجماعا كزراعة العنب فانه لا يمنع خشية الخمر والشركة فى سلم الادرة خشية الربا (وثالثها) مختلف فيه كبيوع الآجال اعتبرنا نحن الذريعة فيها وخالفنا غيرنا فحاصل القصة أنا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا انتهى كلامه * فالذرائع هى الوسائل وهى مضطربة اضطراباً شديداً قد تكون واجبة وقد تكون حراماً وقد تكون مكروهة ومندوبة ومباحة وتختلف أيضا مع مقاصدها بحسب قوة المصالح والمفاسد وضعفها وانغمار الوسيلة فيها وظهورها فلا يمكن دعوى كلية باعتبارها ولا بالغائها ومن تتبع فروعها الفقهية ظهر له هذا ويكفي الاجماع على المراتب الثلاثة المذكورة فى كلام القرافى فانه يدل على أن الذريعة من حيث هى غير كافية فى الاعتبار اذ لو كانت كذلك لاعتبرت مطلقا ولا بلغناه كذلك بل لابد معها من فضل خاص يقتضى اعتبارها والغاءها فلا دليل فى كلام الشافعى على اثبات قول له فى مسألة العينة وبيوع الآجال (وأما) المسألتان اللتان تمسك بهما من قول بعض الاصحاب (فاما) مسالة الولى إذا باع على اليتيم شقصا له فيه شفعة وكون بعض الاصحاب قال بأنه لا يأخذه بالشفعة فقول بعض الاصحاب

سنذكرهما على الأثر والصحيح الجزم بأنه ينفك نصيبه ولا نظر الى اتحاد الوكيل وتعدده قال الامام لأن مدار الباب على اتحاد الدين وتعدده ومهما تعدد المستحق أو المستحق عليه فقد تعدد الدين ويخالف ما نحن فيه البيع والشراء حيث ذكرنا خلافا فى أن الاعتبار فى تعدد الصفقة واتحادها بالمتبايعين أو الوكيل لأن الرهن ليس عقد ضمان حتى ينظر فيه الى المباشر (الخامس) اذا استعار عبدا من مالكية لرهنه فرهنه ثم أدى نصف الدين وقصد به الشيوع من غير تخصيص بحصة لم ينفك من الرهن شيء وان قصد أداءه عن نصيب أحدهما بعينه لينفك نصيبه فقولان (أحدهما) لا ينفك كما لو استعاره من واحد (والثاني) ينفك كما لو رهن رجلان من رجل ثم أدى أحدهما نصيبه والمعنى فيه النظر الى تعدد الملك وقطع النظر عن العاقد وفى عيون المسائل ما يدل على أن هذا أظهر القولين ولو كان لشخصين عبدان متماثلا القيمة فاستعارهما للرهن فرهنهما ثم قضى نصف الدين ليخرج أحدهما عن الرهن فطريقان (قيل) يخرج لانضمام تعدد المحل الى تعدد المالك (والاصح) طرد القولين واذا قلنا بالانفكاك فلو كان الرهن مشروطا فى بيع فهل للمرتهن الخيار اذا كان جاهلا بأنه لمالكين فيه رأيان نسبهما الأكثرون الى ابن سريج وحكاها أبو بكر الفارسى قولين (أصحهما) أن له الخيار لأن مقتضى الرهن المطلق أن لا ينفك

هذا

هذا هو الأصح فى المذهب على ماقاله الرافعي فى كتاب الشفعة ولكن لامتعلق له فى ذلك لأن العلة فى ذلك أنه لو تمكن من ذلك لم يؤمن أن يترك النظر والاستقصاء للصبي وتسامح فى البيع لتأخذ بالثمن البخس فالتهمة المانعة كما أنه ليس له أن يبيع من نفسه وليس ذلك من سد الذرائع فى شيء وهذا لو كان الولى أبا أوجدا جاز لهما الأخذ لوفور الشفقة وأما مسألة المريض إذا باع فى مرض موته شقصا بدون ثمن المثل فالخلاف فيها على خمسة أوجه (أصحها) أنه يأخذ (وقيل) يصح البيع ولا يأخذه الوارث بالشفعة لما ذكر وهو الأصح عند ابن الصباغ (وقيل) لايصح البيع أصلا وهذا الوجه والاول من جملة أربعة أوجه منقولة عن ابن سريج وظاهر هذين الوجهين الآخرين أنه يلزم مجيء مثله فى مسألتنا هذه فقياس قول ابن الصباغ أنه لا يصح البيع الاول ولا الثانى وقياس الوجه الآخر ألا يصح العقد الثانى والحق ان كلا من الوجهين لايلزم فى مسألتنا هذه لأمرين (أحدهما) بالفرق بين المسألتين فأن الشفيع مسلط على الاخذ من المشترى قهرا ومحاباة المريض للمشترى تبرع فهو بالمحاباة فى هذه الصورة أوجد تبرعا يقدر الوارث على الاستبدال بأخذه بدون رضا المشترى فاشبه التبرع الحاصل من المريض للوارث فان أخذ الوارث قهرا من المشترى مثل قبوله من المريض بخلاف مسألتنا هذه فان البائع لايستقل بالعقد الثانى بل يفتقر الى إيجاب وقبول وقد لايوافقه المشترى عليه (والأمر الثانى) أن التخريج فى المذهب إنما يكون من أقوال الامام اما الوجوه المنقولة عن بعض الاصحاب فانما يلزم قائلها إذا لم يظهر فرق وقد ظهر الفرق . والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ أكثر أصحابنا اطلقوا الجواز فى ذلك ولم يبينوا هل المراد الجواز مع الكراهة او

شيء منه إلا بعد أداء جميع الدين ولم يحصل ذلك ونقل المحاملي وغيره فى أصل المسألة قولا ثالثا وهو أن المرتهن ان كان عالما بأن العبد لمالكين فللراهن فك نصيبه بأداء نصف الدين وان كان جاهلا لم يكن للراهن فكه إلا بأداء الكل قال الامام ولانعرف لهذا وجها فان عدم الانفكاك لاتحاد الدين والعاقدين وهذا لايختلف بالعلم والجهل وانما أثر الجهل الخيار على مايبيناه * ولو استعار من رجلين ورهن من رجلين كان نصيب كل واحد من المالكين مرهونا من الرجلين فلو أراد فك نصيب أحدهما بقضاء نصف دين كل واحد منهما فعلى القولين ولو أراد فك نصف العبد بقضاء دين أحدهما فله ذلك بلا خلاف ولو استعار اثنان من واحد ورهنا من واحد ثم قضى أحدهما ماعليه انفك النصف لتعدد العاقد هذا هو المنقول وقد يخطر بالبال أنه اذا تعدد المالك واتحد العاقد ينظر الى تعدد المالك على رأى فلم لاينظر الى اتحاده اذا اتحد المالك وتعدد العاقد ويجوز أن يجاب عنه بأنا انما نلاحظ جانبه بما ينفعه لا بما يضره *

بدونها وقد صرح الروياني في البحر وابن أبي عصرون في الانتصار والنووي في الروضة بالكراهة في ذلك ونقله ابن عبد البر عن الشافعي وقال النووي إن دلائل الكراهة اكثر من ان تحصى واستدل له ابن عصرون بأن كل مايجوز التصريح بشرطه في العقد يكره قصده وقال ابن داود شارح مختصر المزني انه إن اتخذ ذلك عادة كره فأفهم انه لا يكره اذا لم يكن عادة (والصواب) ماتقدم وانه متى كان مقصودا كره سواء اعتاده أو لم يعتده نعم ان جري ذلك بغير قصد للمكروه ولا عادة كقصة عامل خيبر فينبغي الجزم بعدم الكراهة (والحاصل) أنها مراتب (الاولى) أن يجرى ذلك بقصد المكروه من أهل التهمة فهو حرام عند المالكية جائز عندنا مع الكراهة (الثانية) أن يجرى من غير قصد للمكروه ولا يكون الشخص ممن يتطرق اليه التهمة كقصة عامل خيبر فالذى ينبغى الجزم به عدم الكراهة فانه لغرض صحيح وهو التخلص من الربا أو أنه وقع اتفاقا فالظاهر من كلام المالكية أنه حرام اعتبارا بالصورة الظاهرة ومظنة التهمة وفي كلام بعضهم مايقتضى جوازه كما سنحكيه عنه ان شاء الله تعالى (المرتبة الثالثة) أن يجرى بقصد المكروه من غير أهل التهمة فيكره عندنا ومقتضى مذهب مالك وإناطتهم ذلك بالمظنة أن يجوزوه (واعلم) أن مسألة بيوع الآجال تصنيف لكني أذكر نبذة يسيرة جدا.

(فرع) في نبذة يسيرة من كلام المالكية قال ابن رشد في البيان والتحصيل وهذه مسألة تنتهى فى التفريع الى أربع وخمسين مسالة ثمان عشرة مسالة فى الشراء بالنقد وثمان عشرة مسألة فى الشراء الى أجل مقاصة وثمان عشرة مسالة فى الشراء الى أبعد من الأجل وذلك أنه قد

(فرع) قال فى التهذيب لو استعار ليرهن من واحد فرهن من اثنين أو بالعكس لايجوز (أما) فى الصورة الأولى فلأنه لم يؤذن (وأما) بالعكس فلأنه إذا رهن من اثنين ينفك بعض الرهن باداء دين أحدهما واذا رهن من واحد لاينفك شىء إلا باداء الجميع ونقل صاحب التتمة وغيره فى الطرفين الجواز والأول أصح (والسادس) لو رهن عبداً بمائة ثم مات عن اثنين فقضى أحدهما حصته من الدين هل ينفك نصيبه من الرهن عن صاحب التقريب أنه على قولين (أحدهما) ينفك كما لو رهن فى الابتداء اثنان (وأصحهما) وبه قطع قاطعون أنه لاينفك لأن الرهن فى الابتداء صدر من واحد وأنه إنما أثبت وثيقة قضيتها حبس كل المرهون إلى أداء كل الدين فوجب ادامتها ولو مات من عليه الدين وتعلق الدين بتركته فقضى بعض الورثة نصيبه من الدين قال الامام لا يبعد أن يخرج انفكاك نصيبه من الرهن على قولين بناء على أن أحد الورثة لو أقر بالدين وأنكر الباقون هل يلزم المقر أداء جميع الدين من حصته من التركة وعلى هذا البناء فالأصح الانفكاك لأن الجديد أنه لا يلزمه أداء جميع الدين مما فى يده من التركة وأيضا فان تعلق الدين بالتركة إذا مات الراهن (إما) أن يكون

يشتري منه الطعام بعينه الذى باع منه قبل أن يغيب عنه بمثل الثمن و باقل منه و باكثر نقدا وقد يشتريه منه و زيادة عليه بمثل الثمن أيضا و باقل منه و باكثر نقدا فهذه تسع مسائل اذا لم يغب المبتاع عن الطعام وتسع أخرى إذا غاب عليه ثمان عشرة مسالة فى الشراء بالنقد ومثلها فى الشراء اذا أغاب الى أجل مقاصة ومثلها أيضا فى الشراء الى أبعد من الأجل فمها خمسة عشر مسالة لاتجوز وهى ن يشترى منه باقل من الثمن نقدا الطعام الذى باع منه بعينه قبل أن يغيب عليه أو بعضه أو كله وز يادة عليه وان يشترى منه باقل من الثمن أيضا مثل الطعام الذى باع منه بعد أن غاب عليه أو أقل منه نقدا أو مقاصة وان يشترى منه الطعام بعينه الذى باع منه و زيادة عليه بمثل الثمن أو اكثر منه نقدا أو مقاصة و بالله التوفيق * وقال ابو اسحق التونسى المالكى فى تعليقه فى باب ما يكره من العينة و بيوع الآجال فى كتاب ابن المواز من قول لمالك وأصحابه إنما تكره العينة في البيع الى أجل وأما بيع النقود فلا إلا من عرف بالعينة المكروهة واذا كانت البيعة الاولى الى أجل والثانية نقدا أو الى أجل اتهم فيها كل أحد و إذا كانت الاولى نقدا فلا يتهم فى الثانية الا العينة خاصة (أصبغ) * واذا كان أحدهما من أهل

كتعلق الرهن أو كتعلق الأرش بالجاني (إن) كان الأول فهو كما لو تعدد الراهن (وان) كان الثانى فهو كما لو جني العبد المشترك فادى احد الشريكين نصيبه ينقطع التعلق عنه (واعلم) أن الحكم بانفكاك نصيبه إنما يظهر إذا كان ابتداء التعلق مع ابتداء تعدد الملاك ولو كان الموت مسبوقا بالمرض فيكون التعلق سابقا على ملك الورثة فان للدين أثراً بينا فى الحجر على المريض فيشبه أن يكون القول فى انفكاك نصيبه كما مر فى الصورة السابقة (وقوله) فى الكتاب باقرار الورثة قيد قد ذكره ههنا وفي الوسيط وصورة المسألة غنية عنه فان التعلق لايختلف بين أن يكون ثبوت الدين بالبينة أو بالاقرار ولم يتعرض صاحب النهاية لهذا القيد *

قال ﴿ ومهما انفك نصيب أحدهما فله أن يستقسم المرتهن بعد اذن الشريك الراهن بناء على الأصح في أن حكم القسمة فى مثل هذا حكم الافراز لاحكم البيع ﴾ *

إذا كان المرهون لمالكين وانفك الرهن فى نصيب أحدهما باداء أو ابراء وأراد الذى انفك نصيبه القسمة نظر ان كان المرهون مما ينقسم بالأجزاء كالمكيلات والموزونات قال الشافعى رضى الله عنه كان للذى انفك نصيبه أن يقاسم المرتهن باذن شريكه وان كان مما لاينقسم بالأجزاء كالثياب والعبيد قال اصحابنا العراقيون لايجاب اليه ومثاله أن يرهنا عبدين مشتركين متساويا القيمة وانفك الرهن عن نصف كل عبد فاراد من انفك نصيبه أن ينفرد بعبد و ينحصر الرهن فى عبد فأن كان المرهون ارضا مختلفة الأجزاء كالدار وطلب من انفك نصيبه القسمة قالوا على الشريك أن

العينة فالحمل على أنهما جميعا من أهلها ووقع لابن وهب اذا كانت الاولى نقدا والثانية الى أجل أنهما يتهمان فيهما كما يتهمان اذا كانت الاولى الى أجل ؛ وخالفه ابن القاسم وأشهب قال أعني التونسي ومما يكره من البياعات من أهل العينة مثل أن يبيع رجل منه سلعة بعشرة نقدا ثم يشتريها منه البائع بخمسة عشر نقدا او الى أجل فيتهم المشترى أو يكون دفع عشرة انتفع بها البائع ورد عوضها خمسة عشرة وكانت سلعته لغوا لرجوعها اليه ومثل أن يبيع منه سلعة بعشرة نقداً أو بعشرة إلى أجل فلا يجوز فى أهل العينة لأنهما يحملان على أنه انما باع منه من السلعة مابعد العشرة التى يأخذها البائع نقداً فكأنه قال إذهب فبع منها بعشرة تدفعها إلى والباقي بعته منك بعشرة إلى أجل وهو مجهول ومثله من أهل العينة إذا كان انما يشترى ليبيع لاليأكل مثل أن يبيع منه سلعة بعشرة إلى أجل فيذهب فيقول بعتها بثمانية فحط عني من الربح قدر الدينارين فلا يجوز أيضا هذا من أهل العينة الذين يبيعون وكانه إنما عقد معه على أنه ماصح لك فيها ربحت عليك فيه الدرهم درهما أو نصفا فصار أصل البيع الأول لايعلم ماثمنه الا بعد بيعه وهذا لمن يشترى ليبيع ويجوز هذا لمن أراد ان يأكل أو ينتفع وان كان من أهل العينة ومن ذلك أن يقول له اشتر لى سلعة كذا وكذا وأربحك فيها كذا إلى أجل كذا فهو مكروه وأكثر المالكية من هذه المسائل وأخواتها جداً *

يساعد وفى المرتهن وجهان (أظهرهما) أن له أن يمتنع لما فى القسمة من التشقيص وقلة الرغبات وهذا ماضمنه العراقيون طرقهم وزاد آخرون منهم أصحاب القفال فقالوا تجويز القسمة حيث جوزناه مبنى على أن القسمة افراز حق فأما إذا جعلناها بيعا فهى بيع المرهون بغيره وهو ممتنع ثم إذا جوزنا القسمة فسبيل الطالب أن يراجع الشريك فان ساعده فذاك والا رفع الامر الى القاضى ليقسم ونقل الصيدلانى وجها أنه لاحاجة الى اذن الشريك فى المتماثلات لان قسمتها قسمة اجبار والمذهب الاول * ولو قاسم المرتهن وهو مأذون من جهة المالك أو الحاكم عند امتناع المالك جاز والا فلا واذا منعناها فلو رضى المرتهن فالمفهوم من كلام المعظم صحتها وقال الامام لايصح ولو رضى لان رضاه انما يؤثر فى فك الرهن أما فى بيع الرهن بما ليس برهن ليصير رهنا فلا وهذا اشكال قوى (وقوله) فى الكتاب وله أن يستقسم المرتهن بعد اذن الشريك الآخر يوافق اللفظة التى نقلناها عن الشافعى رضى الله عنه والقسمة فى الحقيقة انما تجرى مع الشريك لانه المالك لكن لما كان المرهون فى يد المرتهن وكان فصل الامر معه أهون حسن القول بأنه يقاسمه باذن المالك (وقوله) بناء على الاصح سيأتى فى موضعه فى أن حكم القسمة فى مثل هذا حكم الافراز يعني بقوله فى مثل هذا المكيلات والموزونات ونحوهما وفيه النص

﴿ فرع ﴾ اشترى عشرة دنانير بمائة درهم وتقابضا البعض وافترقا بطل فى غير المقبوض وفى المقبوض طريقان كما لو تلف أحد العبدين قبل القبض وقال الرويانى إنه لايجىء لأنه لم يجمع بين حلال وحرام ولا الثمن مجهولا قال وقال ابن القاص فى نظره من السلم قولان بناء على القولين فى تفريق الصفقة وهذا اختيار القفال ولا يرتضيه المحصلون من أصحابه ولا يقتضيه مذهبه ومسألة العبدين لايبطل فى الباقى قولا واحداً ومن أصحابنا من قال خرج أبو اسحق فيه قولا إنه إذا مات أحدهما يبطل العقد وهذا غلط على أبى اسحق لأنه قال فى الشرح بخلافه ولعله يحكى عن غيره وليس بشىء وقد تقدم عن النووى ذكر هذه المسألة وجعلها كمسألة العبدين وكلام الرويانى الذى حكيته يوافقه لـكن كلام الشافعى فى الصرف يقتضى الفساد فيمكن أن يكون ذلك على أحد القولين و يمكن أن يقال بالفساد هنا احتياطا للربا ولا يخرج على مسألة العبدين والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو وكل فى الصرف وعقد الوكيل هل للموكل أن يقبض و يكتفى بقبضه عن قبض الوكيل ؟ قال الجرجانى فى التحرير فى كتاب الوكالة و يتعلق بالوكيل مايتم به العقد من الايجاب والقبول والرؤية وقبض رأس السلم والتقابض فى الصرف و تتعلق حقوقه بالموكل و ينتقل الملك اليه وهذا يقتضى أنه لايكتفى بقبض الموكل وكذلك حكي عن القاضى حسين أنه قال فى كتاب الوكالة أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل فى مجلس العقد و بطلان العقد بمفارقة المجلس قبل أخذ بدل الصرف وقال فى آخر الـكتاب ولا خلاف فى أن القبض فى الصرف والسلم وتقرير الملك يتعلق بالوكيل دون الموكل وان كان حاضراً فى ذلك المجلس وقد تقدم فى هذا المجموع من كلام النووى

الذى نقلناه وقد بين ذلك فى الوسيط وكان فى خاطره ههنا الا أنه أغفل ذكره ثم القول بأن الاصح فيها قول الافراز غير مساعد عليه على ماسيأتى فى موضعه ثم أطبقوا على تجويز القسمة ههنا وجعلوا تأثير قولنا إنها بيع فى افتقارها الى اذن المرتهن والله أعلم * ولو أراد الراهنان القسمة قبل انفكاك شىء من المرهون فعلى التفصيل الذى بيناه ولو رهن واحد من اثنين وقضى نصيب أحدهما ثم أراد القسمة ليمتاز ما بقى فيه الرهن ففى اشتراط رضى الذى بقي رهنه ماذكرناه والله أعلم *

قال ﴿ ولو قال للمرتهن بع المرهون لى واستوف الثمن لى ثم استوفه لنفسك ففي استيفائه لنفسه تردد من حيث اتحاد القابض والمقبض * وان قال بعه لى واستوف الثمن لنفسك فسد استيفاؤه وكان مضمونا فى يده لانه استيفاء فاسد فأشبه الصحيح فى الضمان * ولو قال بع لنفسك بطل الاذن اذ كيف يبيع ملك غيره لنفسه * ولو قال بع مطلقا فالأصح صحته وتنزيله على البيع للراهن ﴾ *

رحمه الله والأصحاب ان قبض الوكيل قائم مقام قبض الموكل قال ابن الرفعة إن كلام القاضي حسين والجرجاني المذكور قد ينازع باطلاقه فى هذا وقد يسلم ويقال ان الوكيل ينوب عن الموكل فاذا قبض فيده كيده والموكل لاينوب عن الوكيل فيما يتصرف فيه لنفسه فلم يقم قبض الموكل مقام قبض الوكيل وان وقع فى المجلس (قلت) وهذا هو الحق ولا تناقض بين كلام القاضي حسين والجرجاني وسائر الأصحاب والله أعلم * ﴿ فائدة ﴾ فى تسمية الصرف قال ابن سيده فى المحكم الصرف فضل الدرهم على الدرهم والدينار على الدينار والصرف بيع الذهب بالفضة والصراف والصرف والصيرفى النقاد والجميع صيارف وصيارفة دخلت فيه الهاء لدخولها فى الملائكة والقساعمة لا للنسب وقال الأصحاب الصرف بيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب والذهب بالذهب ورأيت فى مختصر البويطى مايقتضى أن الصرف اسم لبيع أحد النقدين بالآخر والمصارفة اسم لبيع النقد بجنسه فانه قال لايجوز أن يصارف ذهبا بذهب ويشترط عند المصارفة أن يبيعه أويشترى منه كل دينار زاد بدراهم لان الصيغة جمعت الصرف والمصارفة وذلك مجهول حصة المصارفة من حصة الصرف وقال الماوردى سمى الصرف صرفا لصرف حكمه عن أكثر أحكام البيع وقيل لصرف المسامحة عنه فى زيادة أو تأخير وقيل لان الشرع أوجب على كل منهما مدارة صاحبه (أى مضايقته) *

﴿ فرع ﴾ كان له على رجل عشرة دنانير فاعطاه عشرة عددا قضاء لما عليه فوزنها القابض فوجدها أحد عشر دينارا قال الأصحاب والقاضي أبو الطيب والرافعى كان الدينار الزائد للقاضى مشاعاً فيها ويكون مضمونا على القابض لانه أخذه عوضا ولم يأخذه أمانة وليس كما إذا سلم دينارا نصفه شائعاً حيث يكون النصف الآخر أمانة لانه لم يقبض النصف الزائد بدلا عما عليه وهنا قبضه بدلا عما في ذمته وفى الصورتين قال القاضى أبو الطيب إن شاء القاضى استرجع منه دينارا وان شاء

وجه انتظام هذه المسائل فى هذا الموضع ان الدين تارة يقضي من غير المرهون وأثره الانفكاك على ماتقرر وتارة يقضى منه بأن يباع فيه وقد مر بيان أنه متى يباع ومن يبيعه وأنه لو أذن الراهن للمرتهن فى بيعه ماذا حكمه و نتكلم الآن في صيغة اذنه ببيان صور (احداها) لو قال المرتهن بع المرهون لى واستوف الثمن ثم استوفه لنفسك صح منه البيع والاستيفاء للراهن ثم لايحصل الاستيفاء لنفسه بمجرد إدامة اليد والامساك لان قوله ثم استوف لنفسك مشعر باحداث فعل فيه فلا بد اذن من وزن جديد أو كيل جديد على ماهو بيان القبض فى المقدرات ولو كانت الصيغة ثم أمسكه لنفسك فلابد من احداث فعل أيضا أم يكفى مجرد الامساك حكى الامام فيه وجهين وقال أولهما أظهرهما ثم اذا استوفاه لنفسه ففيه وجهان ذكرناهما فى نظائر المسألة فى البيع لاتحاد القابض والمقبض فان صححناه برئت ذمة الراهن

وهبه له أو اشترى به منه عرضا أو أخذ به دراهم يشترط قبض الدراهم فى المجلس وان شاء جعله ثمنا لموصوف فى ذمته سلماً هكذا أطلقوه وفى الصورة الاخيرة يجب حمله على ما إذا كان الدينار باقيا فلو تلف صار دينا لم يجز جعله رأس مال فى السلم لانه بيع دين بدين ثم ماذكروه كله يدل على صحة القبض فى مقدار العين وذلك مخالف للقاعدة المقررة (أن قبض الموزون أو المكيل جزافا فاسد) حتى لو قال له الدافع إنى وزنتها وأنها كذا فقبضها على ذلك قال الرافعى يكون فاسداً ومقتضى ذلك أنه لايدخل فى ملكه فيجب تجديد القبض ومحل تحرير ذلك فى كلام المصنف فى آخر باب السلم ان شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ لو كان له عنده عشرة دنانير موصوفة فاعطاه دينارا واحداً وزنه عشرة مثاقيل لم يلزمه فلو باعه عبدا بمائة دينار أهوازية فجاءه بثلاثة وتسعين دينارا وزنه مائة لزمه أن يقبض الا أن يكون شرط عليه مائة وزنها وعددها سواء فلا يلزمه أخذ ذلك قالهما الصيمرى فى شرح الكفاية *

﴿ فرع ﴾ قال القاضى حسين اذا قال بعت منك هذا الدينار بما يقابله من دينارك فكان ديناره زائدا سدسا أو أكثر فانه بالخيار بين أن يهبه تلك الزيادة أو يبيعه منه بعد بشىء آخر و يقطع الزيادة عنه أو يشركه فيه أو يتركه على حاله برضاه والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ آخر قاله القاضي حسين لو قال بنصف دينار لزمه بوزن المدينة بغير البلد فلو قال بنصف هذا الدينار لزمه نصفه سواء كان وزنه دينار أو أقل أو أكثر فلو قال بنصف دينار من هذا الدينار فان كان وزنه أكثر أخذ منه نصف دينار أو ان كان وزنه نصف دينار دفع الكل اليه وان كان أقل من ذلك ففى صحة العقد وجهان بناء على القولين فى تغليب الاشارة أو العبارة *

عن الدين والمستوفى من ضمانه وان أفسد ناه وهو الاصح لم يبرأ ولكن يدخل المستوفى فى ضمانه أيضا لان القبض الفاسد كالصحيح فى اقتضاء الضمان (الثانية) لو قال بعه واستوف الثمن لنفسك صح البيع ولم يصح استيفاء الثمن لانه لما لم يصح قبض الراهن لايتصور منه القبض لنفسه وههنا كما قبضه يصير مضمونا عليه (الثالثة) لو قال بعه لنفسك فقولان (أصحهما) أن الاذن باطل ولا يتمكن من البيع لانه لايتصور أن يبيع الانسان مال غيره لنفسه (والثانى) حكاه صاحب التقريب أنه يصح اكتفاء بقوله بعه والغاء لقوله لنفسك وأيضا فان السابق الى الفهم منه الامر بالبيع لغرضه وهو التوسل به الى وفاء الدين (الرابعة) لو أطلق وقال بعه ولم يقل لى ولا لنفسك فوجهان (أصحهما) صحة الاذن بالبيع ووقوعه للراهن كما لو قال لاجنبى بعه (والثانى) المنع وعللوه بمعنيين (أحدهما) أن البيع

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رضى الله عنه فى الام ان كان وهب منه دينارا أو أثابه الآخر ديناراً أو زن أو انقص فلا بأس *

﴿ فرع ﴾ قال الأصحاب إذا كان له عند صيرفى دينار فاخذ منه دراهم من غير عقد فالدينار له والدراهم عليه فان بلغت فطريقهما أن يتباريا *

﴿ فرع ﴾ له عند صيرفي دينار قبض ثمنه من غير لفظ البيع لم يصح وصار للصيرفى عليه دراهم ولا يخفى الحكم *

﴿ فرع ﴾ التولية ببيع جائزة فى عقد الصرف كغيره فان قال لرجل اشترى عشرين درهما لنفسك بدينار ثم ولنى نصفها بنصف الثمن لم يصح لأنه اذا ولاه كان بيع غائب *

﴿ فرع ﴾ باع ثوبا بمائة درهم صرف عشرين درهما بدينار لم يصح كما لو قال بعتك قفيزا من طعام قيمته درهم وإن كان نقد البلد من صرف عشرين درهما بدينار لم يجب حمله عليه لأن السعر يختلف *

﴿ فرع ﴾ اشترى ثوبا بمائة درهم الا دينارا أو مائة دينار إلا درهما لم يصح فلو قال بمائة درهم إلا درهما صح هكذا أطلق (١) إذا قال بعتك بدينار الا درهم وكان يعلم قيمة الدرهم من الدينار أما عشره أو نصف عشره صح البيع لانه استثناء معلوم من معلوم وقال الماوردى فيما تقدم *

﴿ فرع ﴾ اشترى ثوبا بنصف دينار لزمه شق دينار ولا يلزمه من دينار صحيح ولو اشترى منه ثوبا آخر بنصف دينار لزمه نصف دينار آخر مكسورة ولا يلزمه دينار صحيح فان أعطاه صحيحاً فقد أحسن فان شرط فى الثانى (٢) ان كان بعد لزوم العقد الاول فالثانى باطل فقط بلا خلاف وان كان خيار العقد باقيا فسد الاول والثانى جميعا هكذا قال القاضى أبو الطيب، وغيره وقال القاضى حسين إن القول بفساد العقدين جميعاً قول صاحب التقريب لأن الشرط الفاسد أو الصحيح اذا

(١)(٢) بياض بالاصل فحرر

مستحق للمرتهن بعد حلول الحق والكلام مفروض فيه واذا كان كذلك تيقد الاذن به وصار كأنه قال بعه لنفسك (والثاني) أنه متهم فى ترك النظر استعجالا للوصول الى الدين وعلى التعليلين لو كان الدين مؤجلا فقال بعه صح الاذن لعدم الاستحقاق والتهمة فان قال مع ذلك واستوف حقك من ثمنه جاءت التهمة ولو قدر له الثمن لم يصح على التعليل الاول و يصح على الثانى وكذا لو كان الراهن حاضرا عند البيع قال الامام ومن قال بالمنع أول قوله فى المختصر ولو شرط للمرتهن اذا حل الحق أن يبيعه لم يجز أن يبيع لنفسه إلا بأن يحضر رب الرهن وقال معناه إلا أن يحضره الراهن فيبيعه وهذا ماوعدت أن أذكره من تأويله والله أعلم *

وجد فى المجلس يلتحق بأصل العقد قال وقال القفال يصح العقدان ويحمل كما لو قال فى الابتداء بعت منك هذين الشيئين بدينار صحيح وفى المسألة شيء آخر وهو أن القاضى مع ذلك أطلق فى صدر المسألة أنه اذا قال بعتك هذا بنصف دينار لايجوز لقلة وجوده ولمزته قال ولو قال بعت منك هذا بنصف دينار صحيح يجوز لكثرة وجوده ثم يعطيه قطعة وزنها نصف دينار أو يشركه فى دينار صحيح ان رضى به وساق بقية الكلام فأثر هذا الكلام إشكالا فان النصف اما أن يحمل عند الاطلاق على نصف شائع من دينار أو على جزء متميز فان كان الأول فوجب أن يلزمه تسليم النصف شائعا ولا يكسره فانه ينتقص قيمته به ويكون ذلك كسر المشاع ولايلزمه على هذا فساد العقد لان ذلك ليس بعزيز الوجود وقد جزموا بأنه لايلزمه تسليم نصف من دينار صحيح ولايلزم البائع أيضاً أن يأخذ مشاعا إلا برضاء كما قال القاضي حسين وان حمل علي جزء متميز فيتجه فساد العقد لانه إما عزيز الوجود واما أن يحصل به تنقيص عين المبيع اذا ألزمناه بقطع دينار وهذا اذا أطلق النصف وان قيد فان قال نصفا من دينار صحيح اقتضى الاشاعة ولايأتى ماقالوه فى تسليم شق دينار لأنه خلاف الشرط وان قال نصفا صحيحا اقتضى الفساد لعزة وجوده كما قال القاضى حسين وان قال نصفا مكسورا من دينار اقتضى الفساد أيضا إذ لايوجد على هذه الهيئة إلا عزيزا وان ألزمناه مكسرا اقتضى تنقيص عين المبيع والله أعلم * والشافعى رحمه الله لما ذكر المسألة فى الام أطلق القول بالصحة اذا باع بنصف دينار وكذا قال اذا اشترط عليه عند العقد أن له عليه دينار فان قيده بأن لايكون من نصف * (١)

﴿ فرع ﴾ وهو من تتمة ماقاله القاضى حسين أعلاه قال الروياني فى البحر لو قال بنصف دينار صحيح فان لم يقل مدورا يصح ولو سلم مدورا وشقا من دينار يجوز وان سلم ثقيلا واشركه فيه يجوز وان قال مدورا وهو عام الوجود يجوز وان كان نادر الوجود لايجوز هكذا قال الرويانى وهو كلام

الباب الرابع في النزاع بين المتعاقدين

قال ﴿ وهو فى أربعة أمور (العقد الاول) ومهما اختلفا فيه فالقول قول الراهن اذ الاصل عدم الرهن * فلو ادعى المرتهن أن النخيل التى فى الارض مرهونة مع الارض فللراهن أن ينكر رهنها أو وجودها ويحلف ان لم يكذبه الحس فى انكار الوجود فان كذبه واستمر على انكار الحس جعل ناكلا عن اليمين ورد على المرتهن الا أن يعدل إلى نفى الرهن فيحلف عليه *

التنازع فى باب الرهن يفرض فى أمور (أحدها) أصل العقد فاذا قال رب الدين رهنتنى كذا وأنكر المالك أو رهنتني عبدك فقال بل ثوبي فالقول قول الراهن مع يمينه لان الاصل عدم

(١) بياض بالاصل فحرر

بين فلينزل كلام القاضي حسين عليه *

﴿ فرع ﴾ اشترى ثوباً بعشرين درهما وجاء بعشرين صحاحا وزنها عشرون ونصف وقبض بنصف درهم فضة جاز وان كان ذلك شرطا فى أصل بيع الثوب لم يصح لانه بيعتان فى بيعة *

﴿ فرع ﴾ لو ابتاع ثوبا بدينار يلزم المشترى دينارصحيح ولايجب على البائع أن يأخذ دينارا بنصفين قاله الماوردى ولو باع الثوب الاول بنصف دينار والثانى بنصف دينار على أن له عليه دينار كان البيع الاول والثانى جائزين هكذا قال الماوردى لان الشرط المقترن بالثانى لاينافيه مع موافقته على ماتقدم عن أبي الطيب ولعل مأخذه أن الدينار المشروط عليه لم يصفه بالصحة فلا ينافى نصفى دينار يحمل عليه بخلاف ما اذا باع أولا بدينار مطلق فانه يحمل علي الصحيح لأجل الاطلاق وفيما نحن فيه قرينة تصرفه عن ذلك والله أعلم * ذكر هذه الفروع فى هذا المكان القاضى أبو الطيب رحمه الله وغيره ورضى الله عنه *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وان كان مما يحرم فيهما الربا بعلتين كبيع الحنطة بالذهب والشعير بالفضة حل فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض لاجماع الامة على جواز اسلام الذهب والفضة فى المكيلات المطعومة * ﴾

﴿ الشرح ﴾ هذا قسيم قوله فان كان مما يحرم فيهما الربا بعلة واحدة والضمير فى كان لايمكن عوده على الثمن وحده لأنه لايحرم الربا فيه وحده بعلتين و يعود ضمير التثنية عليه ولا الى المبيع وحده كذلك ولا اليهما لامتناع عود الضمير المفرد الى اثنين فتعين أن يكون عائداً إلى جنس مااشتملت عليه الصفقة من الجانبين وهو مايحرم فيه الربا الذى هو قدر مشترك بينهما وهو الذى صدر به المصنف الفصل وهو قوله فيهما أعاد الضمير علي مثنى على معني مالأن المراد به التثنية وكان يجوز أن يعيده

الرهن وكذا لو اختلفا فى قدر المرهون به فقال الراهن رهنته بالف وقال المرتهن بل بألفين و به قال أبو حنيفة وأحمد وعن مالك أن القول قول من قيمة المرهون أقرب الي مايقوله * ولو اختلفا فى قدر المرهون فكذلك القول قول الراهن ومن صوره أن يرهن ارضا فيها أشجار ثم قال الراهن رهنت الارض دون مافيها وقال المرتهن بل بما فيها وكذا لو قال هذه الاشجار مرهونة مني كالارض وأنكر الراهن ولو قال رهنتها مع الارض يوم رهن الارض وقال الراهن ان هذه الاشجار أو بعضها لم تكن يوم رهن الارض وانما أحدثتها بعدها نظر ان كانت الاشجار بحيث لايتصور وجودها يوم الرهن فالمرتهن كاذب والقول قول الراهن بلا يمين وان كانت بحيث لايتصور حدوثها بعده فالراهن كاذب ثم ان سلم فى معارضتها أنه رهن الارض بما فيها كانت الاشجار مرهونة كما يقول المرتهن ولا حاجة

على لفظها فيقول فيه والمراد بذلك حرمة الربا فى كل منهما على الافراد وأما المجموع حالة المقابلة المذكورة فلا يحرم فيه الربا أصلا لا بعلة ولا بعلتين وذلك واضح فلم تجتمع العلتان على حكم واحد بعينه بل الطعم علة لحرمة الربا فى المطعومات فقط والنية علة حرمة الربا فى النقد فالعلتان موجبتان لنوع حرمة الربا المقيد بذلك المحل وعبارة المصنف أخص من عبارته فى التنبيه على قوله وان لم يحرم فيهما الربا بعلة واحدة فان ذلك شامل لما اذا باع الربوى بغير ربوى وان كان التمثيل بعيد والحكم لايختلف وعبارته فى المهذب خاصة بما اذا كان العوضان ربويين وأما غير الربوي فانه أفرد له الفصل الذي قبل هذا فلم يحتج أن يدرجه فى كلامه ولو كان مقصوده إدراجه فى الكلام لجاءت الاقسام خمسة لأنه إما أن لايكون العوضان ربويين أو أحدهما ربويا دون الآخر وهذان القسمان لايحرم فيهما شيء من أنواع الربا واما أن يكونا جميعا ربويين فاما أن لا يكون العوضان من جنس واحد

إلى التحليف فيهما وان زعم رهن الأرض وحدها أو رهن ماسوى الأشجار المختلف فيها أو اقتصر على نفي الوجود فلا يلزم من كذبه فى انكار الوجود كونها مرهونة فيطالب بجواب دعوى الراهن فان استمر علي انكار الوجود واقتصر عليه جعل ناكلا وردت اليمين على المرتهن وان رجع الى الاعتراف بالوجود وأنكر رهنها قبل انكاره وعرض عليه اليمين لجواز كونه صادقا فى نفي الرهن وان كذب فى نفي الوجود ٭ ولو كانت الأشجار بحيث تحتمل الوجود يوم رهن الأرض والحدوث بعده قالوا قول الراهن لما مر فاذا حلف في كل شجرة الحادثة بعد الرهن فى القلع وسائر الأحكام وقد بيناها من قبل وهذا كله تفريع على الاكتفاء منه بانكار الوجود وهو الصحيح لأن فى انكار الوجود يوم الرهن انكار مايدعيه المرتهن وهو رهنها مع الارض وفيه وجه سيأتى فى نظائر المسألة في الدعاوي أنه لابد من انكار الرهن صريحا ٭ واعلم أن الحكم بتصديق الراهن فى هذه الصورة مفروض فيما اذا كان اختلافهما في رهن تبرع (فاما) إذا اختلفا فى رهن مشروط فى بيع فالجواب أنهما يتحالفان كما فى سائر كيفيات البيع إذا وقع فيه الاختلاف (وأما) لفظ الكتاب فقوله فالراهن أن ينكر رهنها أو وجودها لدى الرهن معناه أنه يقع منه بكل واحد من الانكارين ويعتد به جوابا ولك أن تعلم قوله أووجودها ـ بالواو ـ للوجه الذى حكيناه (وقوله) قبله فلو ادعي المرتهن أن النخل التى فى الارض مرهونة مع الارض أى رهنها يوم رهن الارض والا فلو اقتصر على دعوى رهنها لم يكن انكار وجودها يوم رهن الارض يكتفى به فى الجواب إذ لايلزم من أن لاتكون موجودة يومئذ أن لاتكون مرهونة (وقوله) فان كذبه واستمر على انكار الحس أي اقتصر على كلامه الاول بعد ماطالبناه بجواب دعوى الرهن على ماأوضحته ٭

فيحرم فيهما جميع أنواع الربا واما أن يكونا من جنسين فاما أن يشتركا فى علة الربا أو يختلفا فان اشتركا حرم النساء والتفرق وان اختلفا لم يحرم شىء كما لو لم يكن أحدهما ربويا اذا عرف ذلك فاذا باع الربوى بربوى آخر يخالفه فى علة الربا حل فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض لما ذكره المصنف رحمه الله والاجماع المذكور نقله الشافعى رحمه الله تعالى فى الاملاء واقتضاه كلامه فى الام والمختصر ولفظه فى الاملاء أصرح قال فيه (لأن المسلمين أجمعوا على أن الذهب والورق يسلمان فيما سواهما) وقال فى الام فى باب الآجال فى الصرف (ولا أعلم المسلمين اختلفوا فى أن الدنانير والدراهم يسلمان فى كل شىء الا أن أحدهما لا يسلم في الآخر) وقال فى مختصر المزنى رحمه الله (ولا أعلم بين المسلمين خلافا فى أن الدينار والدرهم يسلمان فى كل شىء ولا يسلم أحدهما فى الآخر) اه والاستدلال بجواز

قال ﴿ ولو ادعى على رجلين رهن عبدهما عنده فلاحدهما أن يشهد على الآخر إذا انفرد بتكذيبه * ولو ادعى رجلان على واحد فصدق أحدهما فهل له أن يشهد للمكذب فيه وجهان ينبنيان على أنه هل يشاركه فيما سلم له لو لم يشهد ﴾ *

احدى صورتى الفصل أن يدعى رجل على رجلين أنهما رهنا منه عبدهما الفلانى بمائة واقبضاه فان أنكر المدعى عليهما الرهن أو الرهن والدين جميعا فالقول قولهما مع اليمين فان صدق أحدهما دون الآخر فنصيب المصدق رهن بخمسين والقول فى نصيب المكذب قوله مع يمينه فلو شهد المصدق للمدعى على شريكه المكذب قبلت شهادته لانها شهادة على الغير ليس فيها دفع ضرر ولا جلب نفع فاذا شهد معه آخر أو حلف المدعى معه ثبت الرهن فى الكل ولو زعم كل واحد منهما أنه مارهن نصيبه وأن شريكه رهن وشهد عليه فوجهان ويقال قولان (احدهما) وبه قال الشيخ أبو حامد أنه لا تقبل شهادة واحد منهما لان المدعى يزعم أن كل واحد منهما كاذب ظالم بالجحود وطعن المشهود له فى الشاهد يمنع قبول شهادته له (والثانى) تقبل وبه قال الاكثرون لانهما ربما نسيا وان تعمدا فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق ولهذا لو تخاصم رجلان فى شىء ثم شهدا فى حادثة تقبل شهادتهما وان كان أحدهما كاذبا فى ذلك التخاصم فعلى هذا اذا حلف مع كل واحد منهما أو أقام شاهدا آخر ثبت رهن الكل وعن أبي الحسن بن القطان الذى شهد أولا تقبل شهادته دون الذى شهد آخراً لأنه انتهض خصما منتقما والثانيــة ادعى رجلان على واحد انك رهنتنا عبدك هذا بمائة واقبضتناه فان صدقهما أو كذبهما لم يخف الحكم وان صدق أحدهما دون الآخر فنصف العبد مرهون عند المصدق ويحلف الآخر وهل تقبل شهادة المصدق على المكذب للمكذب (أطلق) مطلقون انها لا تقبل وقال القاضى ابن كج تقبل وحكى الامام وصاحب الكتاب فيه وجهين بناء على أن الشريكين

السلم على جواز النساء اذا منعنا التسلم الحال واضح وأما اذا جوزناه فطريق تقريره قد تقدم فى الصرف على الذمة فكل سلم هو بيع نسيئة وأما أن كل بيع نسيئة سلم فانه ينبني على أنه اذا باع موصوفا فى الذمة هل يكون سلما أو بيعا وفيه وجهان (ان قلنا) يكون سلما فصار السلم والبيع نسيئة شيئا واحدا فيقال على هذا فى هذا القسم الذى نحن فيه يجوز نقدا ونسيئا ولا يذكر بعد ذلك أنه يجوز إسلام أحدهما فى الآخر (فان قلنا) إنه يكون بيعا لا سلما فانا نقول يجوز نقدا ونسيئا ويجوز اسلام أحدهما فى الآخر ذكر معنى ذلك أو قريبا منه الشيخ أبو حامد الاسفرايني وقال ايضا ومعنى قولنا نقدا ونسيئا أن يقول بعتك ثوبا صفته كيت وكيت الى أجل كذا ولا يريد به أن يشترى عينا ويشترط تسليمه إلى أجل فان هذا لا يجوز (قلت) ولا ينحصر الفساد فيما قاله بل تارة يكون النساء فى المبيع وصورته ماذكر كما إذا قال بعتك أردب قمح فى ذمتى الى شهر بهذا الدينار وتارة يكون فى الثمن كما إذا قال بعتك هذا الأردب القمح بدينار فى ذمتك الى شهر وفى القسم الأول يشترط قبض رأس المال إذا

إذا ادعيا حقا أو ملكا بابتياع أو غيره فصدق المدعى عليه أحدهما دون الآخر يستبد المصدق بالنصف المسلم أو يشاركه الآخر فيه وفيه وجهان (ان قلنا) إنه يستبد المصدق بالنصف قبلت شهادته للشريك والا فلا لأنه يدفع بشهادته زحمة الشريك عن نفسه والكلام فى الأصل المبنى عليه يذكر فى الصلح ان شاء الله تعالى والذي ينبغى أن يفتى به فيما نحن فيه القبول ان كان الحال لا يقتضي الشركة والمنع أن اقتضت الشركة لانه دافع وذكر فى التهذيب أنه ان لم ينكر الا الرهن قبلت شهادته للشريك وان أنكر الدين والرهن فحينئذ يفرق بين أن يدعى الارث أو غيره ولك أن تقول كما أن الاستحقاق فى الدين يثبت بالارث تارة و بغيره أخرى فكذلك استحقاق الرهن فليجر التفصيل وان لم ينكر إلا الرهن *

﴿ فرع ﴾ منصوص عليه فى رواية الربيع ادعى زيد وعمرو على ابى بكر أنهما رهنا عبدهما المشترك بينهما بمائة فصدق احد المدعيين ثبت ماادعاه وكان له على واحد منهما ربع المائة ونصف نصيب كل واحد منهما مرهونا به وان صدق أحد الاثنين زيدا والآخر عمرا ثبت الرهن فى نصف العبد لكل واحد من المدعيين فى ربعه بربع المائة لان كل واحد منهما يدعى على الاثنين نصف العبد ولم يصدقه إلا أحدهما ثم لو شهد أحد الاثنين على الآخر قبلت شهادته ولو شهد أحد المدعيين للآخر فعلى ماذكرناه فى الصورة الثانية والمسألة ظاهرة من جهة المعني لكن فى فهمها وتصورها تعقيد حكى الصيدلانى أن ابن سريج قال ماانتهيت اليها الا احتجت الى الفكرة فى تصغيرها حتى أثبتها على حاشية الكتاب *

جعلناه سلما وفى القسم الثانى لايشترط قبض واحد منهما لأنه بيع محض وكلام المصنف رحمه الله يحتمل كلا من المعنيين أن تكون الحنطة مبيعة فى الذمة نساء بالذهب فيكون سلما على أحد الوجهين أو بيعا فى معني السلم على الوجه الآخر وحينئذ يكون الاستدلال بالاجماع فى عين المسألة وهذا الذى يشعر به كلام الشيخ أبى حامد ويحتمل أن يكون مراده بيع الحنطة المعينة بذهب فى الذمة نساء وحينئذ لايكون نساء فيكون حكمه ماخوذا من القياس علي السلم الثابت بالاجماع فالاجماع المذكور دليل الأصل المقيس عليه ولما كان الالحاق جليا بعد ثبوت الأصل المقيس عليه سكت عن ذكره ثم إذا جاز البيع نسيئة تبعه جواز التفرق قبل التقابض لأن كل عوضين حرم التفرق فيهما قبل التقابض حرم النساء فيهما ومالا فلا ولا ينتقض ببيع الجوهرة بالجوهرة فانه يجوز التفرق قبل القبض إذا كانتا حاضرتين ولا يجوز النساء فيهما لأن التحريم فى ذلك لايرجع الى النساء بل لكونه لايضبط بالصفة فيكون المسلم فيه مجهولا ولم أر أحداً من أصحابنا ولا من غيرهم ذكر خلافا فى هذه المسألة أعني جواز بيع الحنطة بالذهب والشعير بالفضة نساء ولا أشعر به إلا أبا محمد بن حزم الظاهرى فانه قال فى كتابه المسمى مراتب الاجماع ؛ واتفقوا على أن الابتياع بدينارين أو دراهم حالة فى الذمة غير مقبوضة أو بها إلى أجل محدود بالأيام أو الأهلة والساعات والأعوام القمرية مالم يتطاول الأجل جدا جائز مالم يكن المبيع شيئا مما يؤكل أو يشرب فان الاختلاف فى جواز بيع ذلك بالدراهم أو الدنانير إلى أجل موصوف وأما حالا فلا خلاف أن ذلك جائز واختلفوا فيما عدا الدراهم والدنانير فى كلا الوجهين المذكورين فتضمن كلام ابن حزم اثبات خلاف فى ذلك ويمكن أن يحتج له بقوله ﷺ فى حديث عبادة بعد ذكره الاشياء الستة « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف

﴿ فرع ﴾ منصوص عليه فى المختصر ادعى رجلان على واحد فقال كل واحد منهما رهنتني عبدك هذا واقبضتنيه نظر ان كذبهما جميعا فالقول قوله ويحلف لكل واحد منهما يمينا وإن كذب أحدهما وصدق الآخر قضى بالرهن للمصدق وهل للمكذب تحليفه فيه قولان (أصحهما) لاقاله فى التهذيب وهما مبنيان على أنه لو أقر بمال لزيد ثم أقر به لعمرو وهل يغرم قيمته لعمرو فيه قولان وكذا لو قال رهنت هذا من زيد وأقبضته ثم قال لا بل رهنته من عمرو وأقبضته هل يغرم قيمته للثانى ليكون رهنا عنده (إن قلنا) يغرم فله تحليفه فربما يقر و يأخذ القيمة (وان قلنا) لايغرم يبني على أن النكول ورد اليمين بمثابة الاقرار أوالبينة (إن قلنا) بالاول لم يحلف لان غايته أن ينكل فيحلف وذلك مما لايفيده شيئا كما لو أقر (وان قلنا) بالثانى حلفه فان نكل فحلف اليمين المردودة ففيما يستفيد به وجهان (أحدهما) يقضى له بالرهن وينتزع من الاول وفاء بجعله كالبينة (وأصحهما) أنه يأخذ القيمة من المالك لتكون رهنا عنده ولا ينتزع المرهون من الاول

شئتم اذا كان يدا بيد» لفظ مسلم اختلاف الاصناف و يشمل اختلافهما على وجه تكون علة الربا فيهما واحدة أو متعددة وقد شرط فى ذلك التقابض وقل صاحب المغني من الحنابلة و يحتمل كلام الحزمى وجوب التقابض على كل حال لقوله يدا بيد واقتصار المصنف على المكيلات والمطعومات وان كان الحكم عاما فى جميع ماسوى الذهب والفضة كما يدل عليه عبارة الشافعى كان غرضه بذلك والله أعلم التنبيه على مايخالف الذهب والفضة فى العلة عندنا وعند الحنفية فعندنا المطعومات وعندهم المكيلات *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وكل شيئين اتفقا فى الاسم الخاص من أصل الخلقة كالتمر البرنى والتمر المعقلى فهما جنس واحد وكل شيئين اختلفا فى الاسم من أصل الخلقة كالحنطة والشعير والتمر والزبيب فهما جنسان والدليل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر ستة أشياء وحرم فيها التفاضل اذا باع كل شيء منها بموافقة فى الاسم وأباح فيه التفاضل اذا باعه بما خالفه في الاسم فدل على أن كل شيئين اتفقا فى الاسم فهما جنس واذا اختلفا فى الاسم فهما جنسان ﴾*

﴿ الشرح ﴾ لما تقرر أن حكم الربوى اذا بيع بجنسه مخالف لحكمه اذا بيع بغير جنسه احتيج الى معرفة الجنس فان كل ربويين يشتركان فى أمور ويختلفان فى أمور فلا بد من ضابط فذكر المصنف هذا الضابط وقد أخذه من معاني كلام الشافعى والاصحاب وحرره بهذه العبارة واستدل له وهو أصل عظيم ينبنى عليه مسائل كثيرة كاللحوم والالبان والادقة واعتراضات وأجوبة عليها ستنكشف لك فيما بعد ان شاء الله تعالى * قال الشافعى رضى الله عنه فى الام فى باب جماع تفريع الكيل والوزن بعضه ببعض ماملخصه ، إنك تنظر الى الاسم الاعم الجامع كالنبات مثلا ثم تقسمه الى الحب اسما غيره بمعني الاسم الذى يميزه به عما يشاركه من الحب والنبات وكذلك الذهب والفضة

لانا وان جعلناه كالبينة فانما نفعل ذلك بالاضافة الى المتداعيين ولا نجعله حجة على غيرهما وان صدقهما جميعا نظر ان لم يدعيا السبق أو ادعاه كل واحد منهما وقال المدعى عليه لاأعرف السابق منكما وصدقاه فوجهان (أحدهما) أنه يقسم الرهن بينهما كما لو تنازعا ملكا فى يد ثالث واعترف صاحب اليد لهما بالملك (وأصحهما) انه يحكم ببطلان العقد كما إذا زوج وليان من شخصين ولم يعرف السابق منهما وان ادعي كل واحد منهما السبق وان الراهن عالم بصدقه وانه نفي علمه بالسبق فالقول قوله مع يمينه فان نكل ردت اليمين اليهما فان حلف أحدهما دون الآخر قضى له وان حلفا أو نكلا تعذر معرفة السابق وعاد الوجهان وان صدق أحدهما فى السبق وكذب الآخر قضى للمصدق وهل يحلفه المكذب فيه القولان السابقان وحيث قلنا يقضى للمصدق فذلك اذا لم يكن العبد فى يد المكذب فان كان فقولان

يشملهما أنهما مخلوقان من الارض ثم ينقسم ذلك الى تبر وغيره ثم ينقسم التبر الى ذهب وفضة وغيرهما من النحاس والحديد وغيرهما فالذهب والفضة والتمر والزبيب والحنطة والشعير أخص الاسماء الصادقة على ذلك وليس ينقسم بعد ذلك الا الى الصفات فيقال تمر برنى وتمر معقلى وذهب مصرى وذهب مغربى وما أشبه ذلك وليس لكل نوع من ذلك شيء يخصه بل اذا أريد معرفته ذكر الاسم الخاص وهو التمر والذهب ثم قيل بتلك الصفة بخلاف الذهب والتمر بالنسبة الى التبر والحب لا يذكر الاسم الاعم منهما بل اسمها بخصوصه قال الشافعي رضى الله عنه الحنطة جنس وان تفاضلت وتباينت فى الاسماء كما يتباين الذهب ويتفاضل فى الاسماء قال ولا بأس بحنطة جيدة يساوى مدها دينارا بحنطة رديئة لا يسوى مدها سدس دينار ولا حنطة حديثة بحنطة قديمة ولا حنطة بيضاء صافية بحنطة سوداء قبيحة مثلا بمثل فقول المصنف فى الاسم الخاص قال ابن أبى عصرون قال أبو على الفارقى احترازمن الاسم المشترك كالفاكهة فانه اسم يعم وكذلك الثمر فاذا قال تمر فقد خصص (قلت) فلم قال من أصل الخلقة ولم يقل من أصل الوضع والاسماء توضع ولا يقال تخلق قال فيه احتراز من الدقيق فانه اسم ثابت له من أصل الوضع ولكن الاسم الذي ثبت له من أصل الخلقة هو الحنطة والشعير فان الدقيق لم يخلق على هيئته وانما يخلق حبا ثم يطحن فيصير دقيقا انتهي وكذلك اللحوم قال ابن الرفعة قيل ولا حاجة الى زيادة هذا القيد كما أسقطه فى التتمة فان الاسم الخاص فيها لا يكون الا مع الاضافة كقوله دقيق بر ودهن سمسم ونحو ذلك (قلت) وقول المصنف فى الجنسين اختلفا فى الاسم ولم يقل الخاص كما قال فى الجنس الواحد فى غاية الحسن لأن الاختلاف فى الاسم صادق بطريقين (أحدهما) بالاختلاف فى الاسم الخاص مع الاشتراك فى العام كما مثل (والثانى) الاختلاف فى الاسم العام أيضا ومن ضرورته الاختلاف فى الاسم الخاص وإذا كان الاختلاف فى الاسم الخاص يوجب الاختلاف فى التجانس فالاختلاف فى الاسم العام بذلك أولى و إن كان لابد بين كل شيئين من اسم عام لكنه قد يكون بعيدا واستدلال المصنف

(أحدهما) وهو اختيار المزنى أخيرا أن يده ترجح على تصديق الراهن الآخر وتقتضى له بالرهن (وأصحهما) أن المصدق مقدم لان اليد لادلالة لها على الرهن ألا ترى أنه لاتجوز الشهادة بها على الرهن ولو كان العبد فى أيديهما معا فالمصدق مقدم فى النصف الذى هو فى يده وفى النصف الاخير قولان والإعتبار فى جميع ماذكرناه بسبق القبض لا بسبق العقد حتي لو صدق هذا فى سبق العقد وهذا فى سبق القبض فالمقدم الثانى *

{ فرع } دفع متاعا الى رجل وأرسله الى غيره ليستقرض منه الدافع ويرهن المتاع به ففعل ثم اختلفا فقال المرسل اليه استقرض مائة و رهن المتاع بها باذنك وقال المرسل لم آذن له الا فى

لذلك

لذلك ء ا ذ كر فى غاية الجودة فان النبى ﷺ أباح التفاضل عند اختلاف هذه الاشياء التمر بالبر والذهب بالفضة مع اشتراكهما فى الاسم العام وهو الحب والتبر وحرم التفاضل عند مقابلتها بمثلها كالذهب بالذهب وهما متفقان فى الاسم وان اختلفا فيما هو أخص من ذلك كالغاسانى والساورى فدل على أنه حيث حصل الاتفاق فى الاسم الخاص حرم التفاضل وحيث اختلفا فى الاسم الخاص جاز التفاضل وذلك هو مرادنا هنا باتفاق الجنس واختلافه وكذلك الصنف المراد به هنا الجنس فحيث اتفق الاسم صدق أنه جنس واحد وصنف واحد وحيث اختلف يقال جنسان وصنفان فلذلك جاء فى حديث عبادة فى مسلم «فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم» وكذلك اللون فقد تقدم فى حديث أبى هريرة رضى الله عنه الثابت فى مسلم من قول رسول الله ﷺ بعد ذكر الأشياء (فمن زاد أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلفت الوانه» وليس المراد بالالوان من التمر أو الحنطة وما أشبههما لما تقرر أن الوان التمر لا يجوز التفاضل بينها ويدل عليه حديث عامل خيبر المتقدم فى الجمع والجنيب

خمسين نظر ان صدق الرسول المرسل فالمرسل اليه مدع عليهما على المرسل بالاذن وعلى الرسول بالاخذ فالقول قولهما فى نفي مايدعيه وان صدق المرسل اليه فالقول فى نفى الزيادة قول المرسل ولا يرجع المرسل اليه على الرسول بالزيادة إن صدقه في الدفع الى المرسل لأنه مظلوم بقوله وان لم يصدقه رجع عليه هكذا ذكروه وفيه إشكال لأن الرسول وكيل المرسل و بقبضه يحصل الملك الموكل حتى يغرم له ان تعدي فيه و يسلمه اليه ان كان باقيا واذا كان كذلك فرجوع المرسل اليه ان كان بناء على توجه العهدة على الوكيل فليرجع وان صدقه فى دفع المال الى المرسل كما يطالب البائع الوكيل بالشراء بالثمن وان صدقه فى تسلم المبيع الى الموكل وان كان الرجوع لأن للمقرض أن يرجع فى عين القرض مادام باقيا فهذا ليس بتعريض و رجوع م لفى وانما يسترد عين المدفوع فيحتاج الى اثبات كونه فى يده ولا يكفى فيه عدم التصديق بالدفع الى المرسل وان كان غير ذلك فلم يرجع اذا لم يصدقه ولم يوجد منه تعد عليه ولا على حقه والله أعلم *

قال ﴿ الأمر الثاني في القبض والقول فيه أيضا قول الراهن * وكذا ان وجدناه فى يد المرتهن اذا قال الراهن غصبته (و) * ولو قال أخذته وديعة أو عارية أو بجهة أخرى مع الاذن فوجهان * وانه اعترف بقبض مأذون فيه من الراهن وأراد صرفه عنه * فلو أقيمت الحجة على إقراره بقبض الرهن فقال كنت غلطت فيه تعويلا علي كتاب الوكيل أو إقامة على رسم القبالة (و) فله أن يحلف المرتهن على نفيه * وان قال تعمدت الكذب فلا يسمع (و) ولا يمكن من التحليف ﴾ *

الأمر الثاني مما يفرض فيه التنازع فى القبض وفيه مسألتان (إحداهما) اذا تنازعا فى قبض

وانما المراد بالالوان الاصناف فحينئذ الجنس والصنف واللون فيما نحن فيه سواء وليس المراد بالجنس ههنا مايتعارفه الاصوليون فان ذلك اصطلاح آخر وقال القاضي عبد الوهاب المالكى فى شرح الرسالة إن قولنا جنس تارة يرجع الى اتفاق في حكم من أحكام الشرع كالابل والبقر والغنم فى اشتراكها فىوجوب الزكاة والاجزاء فى الضحايا والهدايا وانها من بهيمة الانعام ذكر فى تأييد قولهم فىالحوم وماقدمناه من اعتبار التسمية أولى لأن الدليل المتقدم دل عليه وما سواه لم يقم دليل على اعتباره وقد يقال إن مقتضي هذا الضابط أن يكون الطلع والرطب والتمر أجناسا لاختلافها فى الاسم الخاص وقد اتفق الاصحاب على أنها جنس واحد وان اختلفوا فى بيع الطلع بالتمر والرطب وكذلك الدقيق والحنطة مختلفان فى الاسم الخاص (فالجواب) أما الطلع فانه اسم يدخل تحته طلع النخلة كله ثم هو بعد ذلك يصير الى حالة تسمى بسرا أو رطبا أو تمرا فهو حين كان طلعا كان جنسا واحدا بلا إشكال للاتفاق في الاسم والحقيقة فحين انتقل شيء من الطلع الى حالة يسمى فيها تمرا أو رطبا لا يمكن أن يقال إنه

المرهون نظر ان كان فى يد الراهن وقت النزاع فالقول قوله مع يمينه كما في أصل الرهن وان كان فىيد المرتهن وقال أقبضته عن الرهن وأنكر الراهن نظر ان قال غصبته فالقول قوله أيضا لأن الأصل عدم لزوم الرهن وعدم إذنه فى القبض وان ادعى قبضه عن جهة أخرى مأذون فيها سوى الرهن فان قال أودعتكه أوأعرت أو اكتريت أو اكتريته من فلان فاكراه منك فوجهان (أحدهما) أن القول قول المرتهن لأنهما اتفقا على قبض مأذون فيه وأراد الراهن أن يصرفه الى جهة أخرى والظاهر خلافه لتقدم العقد المحوج الى القبض (وأصحهما) وهو المنصوص أن القول قول الراهن لأن الاصل عدم اللزوم وعدم اذنه فى القبض عن الرهن وفى النهاية حكاية وجه بعيد فيما اذا قال غصبته أيضا أن القول قول المرتهن استدلالا باليد على الاستحقاق كما يستدل بها على الملك و يجرى مثل هذا التفصيل فيما اذا اختلف البائع والمشترى فى القبض حيث كان للبائع حق الحبس إلا أن الأظهر ههنا الحكم بحصول القبض اذا كان المبيع عند المشترى وادعي البائع أنه إعارة أو أودعه لتقوى اليد بالملك وهذا يتفرع على أن حق الحبس لا يبطل بالايداع والاعارة عند المشترى وفيه وجهان ولو سلم الراهن أنه اذن فى قبضه عن جهة الرهن ولكن قال رجعت قبل أن قبضته وقال المرتهن لم ترجع فالقول قوله لان الاصل عدم الرجوع ولو قال الراهن لم تقبضه بعد وقال المرتهن قبضته فقد نقل فيه اختلاف نص عن الام واتفق الأصحاب على تنزيلهما على حالين ان كان المرهون فى يد الراهن فالقول قوله وان كان فى يد المرتهن فالقول قوله لأن اليد قرينة دالة على صدقه (الثانية)

جنس غير الطلع لانه هو مع تبدل صفته وحصل له اسم خاص تبعا لتلك الصفة وذلك لايوجب الاختلاف فى الجنس فان اختلاف الجنس الواحد باليبس والرطوبة والتلون لايوجب اختلاف حقيقته فلذلك لم يصر اختصاص كل منهما باسم أخص من الطلع فى جعلها أجناسا لأن الطلع الذى فرضنا الكلام طلع نخلة بعينها تبدلت حالاته فالطلع اسم خاص بتلك الذات ولافرادها أسماء باعتبار الصفات وهذا أولى بالاتحاد من المعقلى والبرنى لأنهما نوعان واختلاف النوع أشد من اختلاف الوصف فان النوعين اختلافهما فى النوعية ثابت من أصل الخلقة بخلاف التمر مع الرطب والطلع وكذلك الدقيق هو الحنطة بعينه ولكن تبدلت صفته واختلاف الاسماء انما جعل مناط اختلاف الاجناس عند اختلاف الذوات كالبر والشعير أما مع اتحادها فلا لاختلافه التابع للصفات ولك أن تأخذ علي قياس هذا أنه مع اختلافها لاأثر للاتحاد الطارىء كاللحمان والادقة والادهان والخلول وسيأتى الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى (فان قلت) قد اختلف الأصحاب فى السلم هل اختلاف

إقرار الراهن باقباض المرهون مقبول ملزم لكن بشرط الامكان حتى لو قال رهنت اليوم دارى بهمدان وأقبضتها إياه وهما بقزوين فهو لاغ ولو قامت الحجة على اقراره فى محل الامكان فقال لم يكن إقرارى على حقيقته فحلفوه أنه قبض نظر ان ذكر لاقراره تأويلا كما إذا قال كنت أقبضته بالقول وظننت أنه يكفى قبضا أو القى الى كتاب لسان عن وكيلى أنه أقبض ثم خرج مزورا أوقال أشهدت على رسم القبالة قبل تحقيق القبض فله تحليفه وان لم يذكر تأويلا فوجهان (عن) أبي اسحق أنه لايمكن من التحليف ولا يلتفت الى قوله الثاني لمناقضته الاول) وقال ابن خيران وغيره يمكن منه وهو ظاهر النص لانا نعلم أن الوثائق فى الغالب يشهد عليها قبل تحقيق مافيها فأى حاجة الى تلفظه بذلك وهذا أصح عند العراقيين والاول أصح عند المراوزة وهذا اذا قامت الحجة على إقراره أما اذا أقر فى مجلس القضاء بعد توجه الدعوى عليه فعن الشيخ أبى محمد عن القفال أنه لايمكن من التحليف وان ذكر لاقراره تأويلا لأنه لايكاد يقر عند القاضى إلا عن تحقيق وقال غيره لافرق لشمول الانكار ولو شهد الشهود على نفس الاقباض فليس له التحليف بحال وكذا لو شهدوا على إقراره فقال ماأقررت لأنه تكذيب للشهود * ولو كان الرهن مشروطا في البيع فقال المشترى وفيت وأقبضت ثم تلف الرهن فلا خيار لك فى البيع وأقام على إقراره بالقبض حجة فأراد المرتهن تحليفه فهو كما ذكرنا فى اقرار الراهن وطلبه يمين المرتهن وقس على هذا

النوع كاختلاف الجنس والاصح أنه مثله وههنا اتفقوا على أن اختلاف النوع ليس كاختلاف الجنس فلا يجوز بيع نوع من الربويات بنوع آخر من جنسه متفاضلا فما الفرق بين الغايتين (قلت) القول فى السلم أن عند اختلاف النوع لم يأت بما يثبت فى ذمته بل بغيره والأصل أن لاتبرأ ذمة إلا بما يثبت فيها سواء كان من جنسه أو من غير جنسه الا أن يكون بينهما من الاختلاف مالايختلف الغرض به وأما الربويات فالمعتبر مسمى الجنس وهو موجود فى النوعين ونحن وان قلنا فى السلم لايأخذ أحد النوعين عن الاخر لانجعلهما جنسين بل مع اتفاق الجنس نمنع من الأخذ لما تقدم والله أعلم * فأنواع التمر كلها كالمعقلى والبرنى وغيرذلك جنس واحد وأنواع الحنطة كالصعيدى والبحيرى وغيرهما جنس واحد وأنواع الذهب كالمصري والمغربى وغيرهما جنس واحد وأنواع الزبيب كالاسود والأحمر وسائر أصنافه جنس واحد والمعتمد فيه حديث بلال المتقدم وإطلاق قوله ﷺ « التمر بالتمر والذهب بالذهب والحنطة بالحنطة » { فائدة } البرنى ضرب من التمر أصفر مدور عن صاحب المحكم أنه أجود التمر وقال الشيخ فى السلم إن المعقلى أفضل منه ونوزع فى ذلك وقولهم في البرنى أنه مدور أصفر كذلك لقد رأيناه وليس فيه تدوير والمعقلى بالعراق منسوب الى معقل بن يسار الصحابى رضى الله عنه واليه ينسب نهر معقل بالبصرة ولكن لايستكمل الغرض فى تحقيق هذا الضابط وتحريره الا بذكر المسائل التى وقع فيها الاشتباه فى ذلك فبذلك يتضح المعتمد فى هذا الاصل والله المستعان *

ماإذا قامت البينة على إقراره لزيد بألف فقال إنما أقررت وأشهدت ليقرضني ثم إنه لم يقرضني فحلفوه وسائر النظائر (وقوله) فى الكتاب وله أن يحلف المرتهن على نفيه قد أعلم بالواو لأنه روى فى الوسيط اذا كذب نفسه فى إقراره ثلاثة أوجه المنع المطلق وتمكينه من التحليف مطلقا والفرق بين أن يذكر سببا وتأويلا و بين أن يقول كذبت عمدا ولايعتذر لكن المنع المطلق قل من رواه (وقوله) على نفيه أى على نفى مايدعيه من التأويل وليس ذلك على معنى أنه يتعين محلفا عليه بل له تحليفه على القبض كامر و ينبغى أن يكون التحليف على نفى مايدعيه من التأويل فيما اذا نازعه المرتهن فى تأويله ونفاه أما اذا لم يتعرض له واقتصر على قوله قبضت فيقنع منه بالحلف عليه وقوله فلايسمع ولا يمكن من التحليف يجوز اعلامه بالواو لأنه أراد ما اذا قال كذبت عمدا ولم يعتذر بشيء وقد بان الخلاف فيه *

قال { الأمر الثالث فى الجناية فاذا اعترف الجانى وصدقه الراهن دون المرتهن أخذ الأرش وفاز به * وان صدقه المرتهن أخذ الارش وكان رهنا عنده الى قضاء الدين * فاذا أقضى من موضع آخر فهو مال ضائع لايدعيه أحد * وان جني العبد واعترف به المرتهن فالقول قول الراهن * ولو قال

وقول المصنف فدل على أن كل شيئين اتفقا فى الاسم فهما جنس واحد مقصوده بالاسم الاسم الخاص الذى من أصل الخلقة وسكت عن تقييده بذلك لما تقدم من كلامه ولأن المراد الاسم المعهود الذى ذكره النبي صلى الله عليه وسلم فى الأشياء الستة فانه بهذه الصفة والله أعلم * وقد يورد على هذا الأصل التمر والرطب فأنهما جنس واحد مع اختلافهما فى الاسم ولا يرد التمر فأن اسم التمر طارئ عليه بعد كونه رطبا وكذلك لا يرد الضأن والمعز فأنهما يذكران صفة لا اسما فيقال شاة ضانية وشاة ماعزة *

* قال المصنف رحمه الله *

{ وما اتخذ من أموال الربا كالدقيق والخبز والعصير والدهن تعتبر بأصولها فان كانت الأصول أجناسا فهى أجناس وان كانت الأصول جنسا واحدا فهى جنس واحد } *

{ الشرح } لما أفهم كلام المصنف فيما تقدم أن الاتفاق فى الاسم قد يكون من أصل الخلقة وقد لا يكون احتاج أن يبين حكم القسم الثانى وهو على قسمين (أحدهما) ما يكون متحدا فى أموال الربا كالدقيق والدهن (والثانى) ماليس كذلك كاللحوم والألبان وسيأتى (أما) القسم الأول كالأدقة والأخباز والادهان والعصير والخلول فقد ذكر الشافعى رضى الله عنه والاصحاب أنه يعتبر بأصولها فان كانت أصولها أجناسا فهى أجناس وذلك لانها مختلفة فى أنفسها وإشراكها فى اسم عام وهو الدقيق أو الدهن مثلا لا يوجب اتحادها كما يشترك البر والشعير فى الحب وليسا متحدين فى الجنس وغايته أن العرب لم تضع لكل من الادقة اسما يخصه بل اكتفت فيه بالاسم العام المتميز بالاضافة إلى ما يخرج منه وذلك لا يوجب الاتحاد في الجنس وكونها مختلفة الحقائق ناشيء من أجناس توجب الاختلاف فاعتبرت باصولها

الراهن أعتقته أو غصبته قبل أن رهنت أو كان قد جني وأضاف الى معين مجنى عليه ففيه ثلاثة أقوال * كما فى تنفيذ عتقه لانه مالك لاتهمة فيه * فان قلنا لايقبل فيحلف المرتهن على نفى العلم * فان حلف هل يغرم الراهن للمقر له يبتني على قولى الغرم بالحيلولة * وان نكل يرد اليمين على الراهن أو على المقر له قولان * وكل واحد من المرتهن والمقر له مهما نكل فقد أبطل حق نفسه عن الغرم بنكوله * وان رددنا * على الراهن فنكل فهل للمقر له الحلف لكيلا يبطل حقه بنكول غيره فيه قولان * وان قلنا يقبل اقراره فهل للمرتهن تحليفه فيه وجهان * فان حلفناه فنكل وحلف المرتهن اليمين المردودة ففائدة حلفه تقرير العبد فى يده أو أن يغرم الراهن له قولان * ولو كان المقر به الاستيلاد فيزيد أن المستولدة تحلف اذا نكل الراهن وان حرية الولد والنسب تثبت لامحالة } *

الثالث مما يتنازعان فيه الجناية إما على المرهون أو منه (أما) القسم الاول فاذا جني على العبد المرهون فجاء انسان وأقر بانه الجانى فان صدقه المتراهنان أو كذباه لم يخف الحكم وان صدقه الراهن وحده أخذ

كذلك قال الشافعى رحمه الله لما تكلم في الادهان وقال فأن قال قائل قد يجمعها اسم الدهن قيل وكذلك يجمع الحنطة والاذرة والارز اسم الحب وليس للأدهان اسم موضوع عند العرب انما سميت معان لانها تنسب إلى ما يكون يشير الشافعى بذلك إلى ماقلته ومن هذا الكلام استفدته وهو أسهل فى التقرير من أن يسلم اتفاقا فى الاسم الخاص ثم يدعى اختلافهما الااختلاف أصولها وقد صرح القاضى أبو الطيب أنهما مشتركان فى الاسم الخاص والامر فى ذلك قريب وقد وضعوا لبعض الادهان اسما بخصوصه كالشيرج والزيت فصار اختلافهما لامرين اختلاف اسمهما الخاص واختلاف أصلهما وبهذا يزول اعتراض من يقول إنه إذا كان المعتبر الاسم فالادقة والادهان واللحوم والالبان كل منها متحدة الاسم فهذه كانت جنسا واحد وسنذكر فى كل من الادقة والأدهان والخلول خلافا ضعيفا وكذلك فى العصير والمعتمد مايقتضيه هذا الاصل المهد والله أعلم *

*قال المصنف رحمه الله *

﴿ فعلى هذا دقيق الحنطة ودقيق الشعير جنسان وخبز الحنطة وخبز الشعير جنسان ودهن الجوز ودهن اللوز جنسان ﴾ *

الأرش وفاز به وليس للمرتهن التوثق به وان صدقه المرتهن وحده أخذ الأرش وكان مرهونا فان اتفق قضاء الدين من غيره أو أبرأ المرتهن فوجهان (أصحهما) أنه يرد الأرش الى المقر (والثاني) يجعل فى بيت المال لأنه مال ضائع لايدعيه أحد اذ المرتهن انقطعت علقته والراهن ينكر استحقاقه والمقر معترف بأن أداءه كان واجبا عليه وللصورة أخوات تذكر فى مواضعها ان شاء الله تعالى (القسم الثانى) الجناية من المرهون والنزاع في جنايته اما أن يقع بعد لزوم الرهن أو قبله (الحالة الأولى) ان يتنازعا فى جنايته بعد لزوم الرهن فاذا أقر المرتهن بانه جنى وساعده العبد أو لم يساعده لم يقبل قوله على الراهن بل القول قول الراهن مع يمينه لأن الملك له وضرر الجناية يعود اليه واذا بيع فى دين المرتهن لم يلزمه تسليم الثمن اليه باقراره السابق واحتجوا بان العبد ان لم يكن جانياً فلاحق فيه لغير المرتهن وان كان جانيا فلا يصح بيعه للمرتهن لتعلق حق المجنى عليه به واذا لم يصح بيعه كان الثمن باقياً على ملك المشترى ولو أقر الراهن بجنايته وأنكر المرتهن فالقول قوله لأن الأصل عدم الجناية و بقاء الرهن واذا بيع فى الدين فلا شيء للمقر له علي الراهن لان الراهن لايغرم جناية المرهون ولم يتلف بالرهن شيئا للمقر له لكون الرهن سابقا علي الجناية وليس كما لو أقر بجناية أم الولد حيث يغرم للمقر له وان سبق الاستيلاد الجناية لان السيد يغرم جناية أم الولد وذكر القاضى ابن كج وجهاً آخر أنه يقبل اقرار الراهن ويباع العبد فى الجناية ويغرم الراهن للمرتهن (الحالة الثانية) أن يتنازعا فى جنايته قبل لزوم

﴿ الشرح ﴾ هذا التفريع على ذلك الاصل لاخفاء فيه هذا هو الصحيح المشهور و به جزم أكثر الاصحاب وادعى الشيخ أبو حامد أن مسألتي الدقيق والخبز لاخلاف فيهما لان الأدقة أجناس والاخباز أجناس وكذلك ادعى المحاملي فى المجموع أيضا وكذلك قال الامام فى الادقة قال المحاملي وقد ذكر فى حرمله كلاما يؤدى الى أنها جنس واحد وليس بشيء قال الرافعي وفى الأدقة حكاية قول الامام فى حرمله أنها جنس واحد وكلام المحاملي يقتضي أن ذلك ليس مصرحا به فلا يجزم باثباته والظاهر أنه اطلع على ذلك الكلام وتأمل معناه وان الرافعي رحمه الله تعالى نقل ذلك عن غيره فينبغى التوقف فى اثبات ذلك قولا وكيفما قدر فالمذهب المشهور الذى قطع به كثيرون خلافه فعلى المشهور فى أنها أجناس فيباع دقيق الحنطة بدقيق الشعير متساويا ومتفاضلا يدا بيد ولا فرق بين أن يكون رطبا أو يابسا بيابس لان أكثر مافيه وجود التفاضل وهو جائز وان ثبت القول الآخر أنها جنس واحد فان الحكم فى ذلك كالحكم فى بيع دقيق الحنطة بدقيقها وخبزها بخبزها وسيأتى

الرهن وفيها مسألتان (احداهما) أقر الراهن بانه كان قد أتلف مالا أو جني على نفس جناية توجب المال فينظر ان لم يعين المجنى عليه أو عينه ولكنه لم يصدقه ولم يدع ذلك فالرهن مستمر بحاله وان عينه وادعاه المجني عليه نظر ان صدقه المرتهن بيع فى الجناية وللمرتهن الخيار ان كان ذلك الرهن مشروطا فى بيع وان كذبه فاصح القولين و به قال ابو حنيفة واختاره المزنى أنه لايقبل قوله صيانة لحق المرتهن (والثانى) يقبل لأنه مالك فيما أقر به فلا تنقدح تهمة فى إقراره وقال من نصر الاول بل فيه تهمة ومواطأة لمقر له والتدرج الى دفع الرهن والقولان كالقولين فيما إذا أقر العبد بسرقة مال ونفذناه في القطع هل ننفذه فى المال لأنه بهذا الاقرار يضر بنفسه فلا ينفى التهمة ويجرى القولان فيما لو قال كنت غصبته أو اشتريته شراء فاسدا أو بعته قبل أن رهنته او وهبته وأقبضته وفيما لو قال كنت أعتقته قال الشيخ أبو حامد ولا حاجة فى هذه الصورة الى تصديق العبد ودعواه بخلاف سائر الصور وفى الاقرار بالعتق قول ثالث أنه ان كان موسراً نفذ والا فلا تنزيلا للاقرار بالاعتاق منزلة الاعتاق ونقل امام الحرمين هذا القول الفارق فى الصور كلها وجعلها علي ثلاثة أقوال وتابعه المصنف •

﴿ التفريع ﴾ إن قلنا لايقبل اقرار الراهن فالقول فى بقاء الرهن قول المرتهن مع يمينه يحلف علي نفى العلم بالجناية واذا حلف واستمر الرهن فهل يغرم الراهن المجنى عليه فيه قولان قال الأئمة (أصحهما) أنه يغرم وهو اختيار المزنى كما لو قتله لان حال بينه و بين حقه (والثانى) لايغرم لانه أقر فى رقبة العبد بما لم يقبل اقراره فكانه لم يقر والقولان كالقولين فيما إذا أقر بالدار لزيد ثم أقر بها لعمرو هل يغرم

حكمها فى الفصل العاشر بعد هذا الفصل إن شاء الله تعالى * وقال الامام إن الطريقة الجازمة بان الادقة أجناس هى الطريقة المرضية وأنه لايتم غرض الذى خرجها على القولين في اللحمان الا بالفرق بينهما و بين الادقة فنقول الدقيق عين أجزاء الحب ولكنها مجموعة فتفرقت والدهن المعتصر وان كان فى أصله ولكنه فى ظن الناس كالشىء المحصل جديدا وقد تجدفى كلام الفقهاء اطلاق القول بانه لايجوز بيع الخبز بالخبز والمراد به ماإذا كانا من جنس واحد كما سيأتى ان شاء الله تعالى (وأما) الادهان فالقول الجلى فيها أنها أجناس على المشهور وحكى الخراسانيون مع ذلك قولا أنها جنس واحد والعراقيون حكوا ذلك عن تخريج بعض الاصحاب وزيفوه (وأما) القول التفصيلى فقد قسمها الاصحاب اربعة أقسام دهن يعد للاكل ودهن يعد للدواء ودهن يعد للطيب ودهن لا يعد للاكل ولا للدواء ولا للطيب فالأول المعد للاكل كدهن الجوز واللوز الحلو والشيرج والزيت والسمن ودهن الصنوبر والبطم والخردل والحبة الخضراء ولاخلاف فى أنها ربوية والمشهور أنها أجناس كما تقدم وحكي الشيخ أبو حامد وغيره أن من الاصحاب من قال

لعمر و يعبر عنهما بقولى الغرم للحيلولة لانه بالاقرار الاول حال بين من اعترف باستحقاقه ثانيا و بين حقه (فان قلنا) يغرم طولب في الحال ان كان موسرا وان كان معسراً فاذا أيسر وفيما يغرم المجني عليه طريقان (قال) أبو اسحق وطائفة أصح القولين أنه يغرم الاقل من قيمته وأرش الجناية (وثانيهما) أنه يغرم الارش بالغاً ما بلغ وقال الأكثرون ومنهم أبو الحسن يغرم الأقل بلا خلاف كما أن أم الولد لاتفدى إلا بالاقل إذا جنت لامتناع البيع بخلاف العبد القن (وان قلنا) لايغرم الراهن فان بيع فى الدين فلا شىء عليه لكن لو ملكه يوما فعليه تسليمه فى الجناية وكذا لو انفك الرهن عنه فهذا اذا حلف المرتهن فان نكل فعلى من ترد اليمين فيه قولان و يقال وجهان (أحدهما) على الراهن لأنه المالك للعبد والخصومة تجرى بينه و بين المرتهن (وأصحهما) على المجنى عليه لأن الحق فيما أقر له والراهن لايدعى لنفسه شيئا وهذا الخلاف عن الشيخ أبي محمد مبني على أنه لو حلف المرتهن هل يغرم الراهن للمجني عليه (ان قلنا) نعم يرد على المجني عليه لأن الراهن لا يستفيد باليمين المردودة شيئاً والمجنى عليه يستفيد بها اثبات دعواه وسواء قلنا ترد اليمين على الراهن أو المجنى عليه فاذا حلف المردد عليه بيع العبد فى الجناية ولاخيار للمرتهن فى فسخ البيع إن كان الرهن مشروطا فى بيع لان اقرار الراهن إذا لم يقبل لايفوت عليه شيئاً وانما يلزم الفوات من النكول ثم ان كان الارش يستغرق قيمة العبد بيع كله والا بيع منه بقدر الأرش وهل يكون الباقى رهنا فيه وجهان (أصحهما) لا لأن اليمين المردودة كالبينة أو كاقرار المرتهن بانه كان

فيها

فيها وفى الحلول قولان كما فى اللحمان وحكى الماوردى ذاك عن ابن أبى هريرة وقد رأيت فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة أن ذلك على قولين أعنى الادهان قال الشيخ أبو حامد وذهب سائر أصحابنا الى فساد هذا التخريج وسيأتى الفرق في مسألة اللحمان ان شاء الله تعالى * إذا ثبت هذا فان باع شيئا من جنسه جاز بشرط رعاية الحلول والتماثل والتقابض لاخلاف فى شيء من ذلك إلا الشيرج فقال ابن ابى هريرة لايجوز بيع بعضه ببعض لما فيه من الملح والماء ونقل القاضى أبو الطيب ذلك أيضا عن ابن أبى اسحق وستأتى هذه المسألة فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى وسيأتى أيضا فى زيت الزيتون وزيت الفجل خلاف وممن أثبت القولين فى تجانس الادهان المحاملى فى اللباب وكذلك هو فى الرونق المنسوب لابي حامد * (الضرب الثانى) مايقصد للدواء كدهن الخروع واللوز المر ونوى المشمش ونوى الخوخ وعد من ذلك أبو حامد الحبة الخضراء وأبو الطيب الخردل فهذا ربوى كالسقمونيا وغيره من الادوية وحكم هذا الضرب فى كونه أجناسا حكم الضرب الاول فان باع شيئا منه بجنسه حرمت المفاضلة وان باعه بغير جنسه حلت المفاضلة وحرم النساء ومقتضى ماذكره قريبا من كلام الماوردى جريان خلاف فى هذا الضرب فى كونه ربويا

جانيا فى الابتداء فلا يصح الرهن فى شيء واذا رددنا على الراهن فنكل فهل يرد الآن على المجنى عليه فيه قولان ويقال وجهان (أحدهما) نعم لان الحق له فلا ينبغى أن يبطل بنكول غيره (وأشبههما) لا لأن اليمين لاترد مرة بعد مرة فعلى هذا نكول الراهن كحلف المرتهن فى تقرير الرهن وهل يغرم الراهن للمقر له فيه القولان وان رددنا على المجنى عليه فنكل قال الشيخ أبو محمد وغيره تسقط دعواه وتنتهى الخصومة وطرد العراقيون فى الرد منه على الراهن الخلاف المذكور فى عكسه واذا لم يرد لم يغرم له الراهن قولا واحداً ويحال بالحيلولة على نكوله هذا تمام التفريع على أحد القولين فى أصل المسألة وهو أن الراهن لايقبل اقراره (أما) إذا قلنا إنه يقبل اقراره فهل يحلف أم يقبل قوله من غير يمين فيه قولان أو وجهان (أحدهما) أنه لايحلف وهو اختيار القاضى أبى الطيب لان اليمين للزجر والتخويف ليرجع عن قوله ان كان كاذبا وههنا لاسبيل له الى الرجوع (وأصحهما) عند الشيخ أبى حامد ومن نحا نحوه أنه يحلف لحق المرتهن وعلى هذا فيحلف على البت لانه يحلف على الاثبات وسواء قلنا لايحلف أو قلنا يحلف فيباع العبد فى الجناية إما كله أو بعضه على مامر وللمرتهن الخيار فى فسخ البيع الذى شرط فيه هذا الرهن فان نكل حلف المرتهن لانا انما حلفنا الراهن لحقه فالرد يكون عليه ومافائدة حلفه فيه قولان حكاهما الصيدلاني وغيره (أصحهما) أن فائدته تقرير الرهن فى العبد على ماهو قياس الخصومات (والثانى) أن فائدته أن يغرم الراهن قيمته ليكون رهنا مكانه ويباع العبد فى الجناية باقرار الراهن وإن قلنا بالاول فهل يغرم الراهن للمقر له لانه بنكوله حال بينه

وهو مردود لأن الشافعي رحمه الله نص صريحاً فى باب مايكون رطبا أبدا قال فيه ودهن كل شجر يؤكل أو يشرب بعد الذى وصفت واحد لايحل فى شيء منه الفضل بعضه على بعض واذا اختلف الصنفان منه حل الفضل يدا بيد ولم يجز نسيئة ولا بأس بدهن الحب الأخضر بدهن الشيرج متفاضلا يدا بيد ولا خير فيه نسيئة والأدهان التى تشرب للدواء عندى فى مرتبة هذه الصفة دهن الخروع ودهن اللوز والمر وغيره من الادهان (الضرب الثالث) مايقصد منه الطيب كدهن الورد والياسمين والبنفسج والنيلوفر والحرى والزنبق فهذا كله جنس واحد على الصحيح المنصوص لان أصل الجميع السمسم وقال الماوردى إنه لايختلف المذهب فيه وفيه وجه مشهور إنه لاربا فى هذا النوع لانه ليس بمأكول وقد تقدم ذلك فى كلام المصنف رحمه الله الذى شرحه النووى رحمه الله أول الباب وانما أعدنا ذلك هنا لاستيفاء الكلام فيه ورد هذا الوجه بأنه مأكول وإنما لايعتاد أكله لعزته فلا يزول عنه حكم الربا كالزعفران هو مطعوم وإن كان يقصد للصبغ والطيب فيباع دهن الورد بدهن البنفسج متماثلا وكذلك دهن الورد بدهن الورد ونقل ابن المنذر عن أبي ثور أنه يجعل ذلك أصنافا ويجيز التفاضل فى بيع بعضها ببعض قال وبه قال مالك وقال الأصحاب وإنما جاز بيع هذه الاهادن بعضها ببعض لانه ليس ههنا مع الدهن شيء وإنما الورد يرتب به السمسم فيفرش السمسم ويطرح عليه ذلك حتى يجف ثم يطارح عليه مرة وعلى هذا أبدا حتى يطيب ثم يستخرج منه الدهن فلا يكون مع الدهن غيره فأن فرض أن الدهن مستخرج أولا ثم يطارح أوراقها فيه حتى يطيب أو يطبخ مع الورد لم يجز بيع بعضه ببعض كما سيأتي عند الكلام على بيع الشيرج بالشيرج وبه جزم القاضى حسين وصاحب التهذيب والروياني وذلك إن تقول هذا يظهر عند من يجعل الدهن موزونا أما من يجعله مكيلا فقد يقال إن الذى يكتسبه الدهن من الاوراق لايظهر له أثر فى المكيال وصاحب التهذيب أطلق أن ذلك يؤثر فى تماثله والله أعلم (الضرب الرابع) مالا يتناول ادما ولا دواء ولا هو طيب كدهن بذر الكتان المقصود للاستصباح ودهن السمك وقد ذكره المصنف رحمه الله فى أول الباب فيما شرحه النووى رضى الله عنه والصحيح المشهور أنه لاربا فيه قال الروياني فى البحر إن ظاهر المذهب أنه ربوى لانه يؤكل ويشرب طريا ويقلى به السمك والشافعي رضى الله عنه قال فى الام إنما كان من هذه الادهان

و بين حقه فيه ماسبق من القولين وان قلنا بالثانى فهل للمرتهن الخيار فى فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن فيه وجهان ينظر فى أحدهما إلى حصول الوثيقة فى الثانى إلى غير المشروط لم يسلم وهو الأصح وان نكل المرتهن بيع العبد فى الجناية ولا خيار له فى البيع ولا غرم على الراهن وإذا عرفت تفريع القولين فيما لو أقر بالجناية فقس به تفريعهما فيما لو أقر بالبيع أو الغصب ونحوهما قبل الرهن ولو اقر بالعتق وقلنا إنه لايقبل اقراره فالمنصوص أنه يجعل ذلك كانشاء الاعتاق حتي تعود فيه الاقوال لان من ملك

لايؤكل ولا يشرب بحال أبدا لدواء ولا غيره فهو خارج من الربا ولم يذكر مثالا فبقى تحقيق مناط أن هذا هل يؤكل أو لايؤكل وذكر الروياني أن اختيار القاضي الطبري أنه ربوى وعلله فى المهذب بأن دهن السمك يأكله الملاحون ودهن بزر الكتان يؤكل أول مايستخرج ثم يتغير بمرور الزمان عليه فهذه أقسام الدهن والماوردى رحمه الله سلك طريقا آخر فجعلها أربعة أضرب (أحدها) مأكولة مستخرجة من أصل مأكول كالذى ذكرناه فى القسم الاول ففيها الربا اعتبارا بأنفسها وأصولها (الثانى) مااستخرج من غير مأكول وهو فى نفسه غير مأكول كدهن المحلب والبان والكافور فلا ربا فيها (الثالث) ماهي في نفسها غير مأكولة عرفا كدهن الورد والخيرى والياسمين لكنها مستخرجة من أصل مأكول وهو السمسم ففى ثبوت الربا فيها وجهان وكذلك دهن السمك وأما دهن البذر والقرطم قال فقد اختلف أصحابنا في أصولها هل هى مأكولة يثبت الربا فيها أم لا على وجهين (فان قلنا) فيها الربا ففي أدهانها وجهان لأنها من أصل مأكول (الرابع) مااستخرجت من أصول غير مأكولة لكنها بعد استخراجها دهنا مأكولا كدهن الخروع والقرع ففى ثبوت الربا فيها وجهان نظرا الى أنفسها وأصولها (قلت) قوله فى القرع سبقه اليه الصيمري ويعنى به حب القرع نفسه فانه مأكول وقول المصنف رحمه الله دهن اللوز يحتمل أن يكون مراده الحلو فيكونان جميعا من القسم

انشاء أمر قبل اقراره فيه ونقل الامام فى نفوذه وجهين وإن حكمنا بنفوذ الانشاء لانه ممنوع من الانشاء تبرعا وان نفذناه إذا فعل وهذا كما أن اقرار السفيه بالطلاق مقبول كانشائه ولو أقر باتلاف مال ففى قبوله وجهان لأنه ممنوع من الاتلاف شرعا في مسألة الاقرار بالخيار كلامان (أحدهما) جميع ماذكرناه فى المسألة مبني على أن رهن الجانى لايجوز أما إذا جوزناه فمن بعض الاصحاب أنه يقبل اقراره لامحالة حتى يغرم للمجني عليه ويستمر الرهن وقال آخرون يطرد فيه القولان ووجه عدم القبول أنه يحصل بلزوم الرهن لان المجنى عليه يبيع المرهون لو عجز عن أخذ الغرامة من الراهن (والثانى) أنه لو أقر بجناية توجب القصاص لم يقبل اقراره على العبد ولو قال ثم عفا على مال كما لو أقر بما يوجب المال (المسألة الثانية) رهن الجارية الموطوءة جائز ولا يمنع من التصرف لاحتمال الحمل فاذا رهن جارية فأتت بولد ينظر إن كان الانفصال لدون ستة أشهر من يوم الوطء أو لأكثر من اربع سنين فالرهن بحاله والولد مملوك له غير لاحق به وان كان لستة أشهر فاكثر الى أربع سنين فقال الراهن هذا الولد مني وكنت وطئتها قبل لزوم الرهن نظر ان صدقه المرتهن أوقامت عليه به بينة فهى أم ولده والرهن باطل وللمرتهن فسخ البيع الذى شرط فيه رهنها وان كذبه المرتهن ولا بينة ففي قبول اقراره لثبوت الاستيلاد قولان كما لو أقر بالعتق ونظائره والتفريع كما مر وعلى كل حال فالولد حر ثابت النسب عند

الاول ولا خلاف فى أنه ربوى ويحتمل أن يكون مراده مطلقـا فيندرج فيه المر وقد أشعر كلام الماوردى كما نبهت عليه آنفا بجريان خلاف فيه حيث ذكر ذلك فى دهن الخروع المأكول للتداوى المتخذ من أصل غير مأكول واذا لم يكن ربويا لايكون مما نحن فيه والله عز وجل أعلم * وهذه جملة من كلام الشافعى فى الام فى الادهان قال بعـد أن ذكر ماتحكيه عنه فى زيت الفجل وزيت الزيتون وكذلك دهن الدر والحبوب كلها كل دهن منه مخالف دهن غيره ودهن الصنوبر ودهن الحب الأخضر ودهن الخردل ودهن السمسم ودهن اللوز ودهن الجوز فكل دهن من هذه الادهان خرج من حبه أو ثمره فاختلف مايخرج من تلك الثمرة أو تلك الحبة أو تلك العجمة فهو صنف واحد ولايجوز إلا مثلا بمثل ويدا بيد وكل صنف منه خرج من حبه أو ثمره أو عجمه فلا بأس به فى غير صنفه الواحد منه بالاثنين مالم يكن نسيئة ثم قال فاذا كان ماخرج منه واحدا فهو صنف واذا خرج من أصلين مفترقين فهما صنفان يفترقان كالحنطة والتمر فعلى هذا جميع الادهان المأكولة والمشروبة للغذاء والتلذذ لايختلف الحكم فيها كهو فى التمر والحنطة سواء هذا لفظ الشافعى رضى الله عنه بحروفه *

﴿ فرع ﴾ قال ابن عبد البر قال الاوزاعي لايجوز بيع السمن بالودك الا مثلا بمثل وكذلك الشحم غير المذاب بالسمن إلا أن يريد أكله ساعتئذ فيجوز قال ابن الصباغ إن أصحاب أبي حنيفة رضى الله عنه يجوزون بيع الدهن المطيب متفاضلا وان كان أصله واحدا اذا اختلف طيبه وقالوا يجوز بيع مكيله من دهن الورد بمثله من دهن الخيرى لأن القصد بهما مختلف فصارا كالجنسين وقالوا أيضا يجوز المطيب بغير المتطيب متفاضلا *

الامكان ولو لم يصادف ولداً فى الحال وزعم الراهن أنها ولدت منه قبل الرهن ففيه هـذا التفصيل والخلاف (وقوله) فى الكتاب وكل واحد من المرتهن أو المقر له مهما نكل فقد أبطل حق نفسه عن الغرم بنكوله هذا فى حق المقر له مفرع على قول التغريم من قولى الغرم بالحيلولة (أما) المرتهن فليس له غرم تفريعا على قولنا انه لايقبل اقرار الراهن حتي يفرض بطلانه بنكوله نعم على قولنا يقبل اقرار الراهن ينتهى التفريع إلى أن يغرم له الراهن القيمة على رأى كما سبق وذلك هو الذى يبطل بنكوله فاذا كان الاحسن أن يذكر هذا بعد التفريع على القولين جميعاً لا فى آخر التفريع على الاول (وقوله) فهل للمرتهن تحليفه وجهان ذكرنا أن بعضهم رواهما قولين وان قوله قولان فى المسألة بعـدها يرويهما بعضهم وجهين والاولى أن يرويهما جميعاً قولين أو وجهين أو يروى فى الاولى قولين وفى الثانية وجهين فاما تفريع القولين على الوجهين فهو مما يستبعد (وقوله)

﴿ فرع ﴾ ذكر فى الرونق المنسوب للشيخ أبي حامد أن قول الشافعى رضى الله عنه اختلف فى الحيتان والاجبان والاسمان والادهان والخلول هل هى أنواع أو نوع واحد على قولين وكذلك الخبز والخلول وحصلت لى ريبة فى نسبة الرونق اليه لأنه أنكر جريان الخلاف فى الخلول والادهان كما تقدم عنه قريبا إلا أن يكون ظهر له فى هذا الكتاب مالم يظهر له فى التعليقة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال الرويانى لاخلاف أن السمن مع سائر الادهان جنسان لان اسم الادهان لايقع على السمن يعنى وان قلنا أن الادهان جنس واحد والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ واختلف قوله فى زيت الزيتون وزيت الفجل فقال فى أحد القولين هما جنس واحد لأنه جمعها اسم الزيت والثانى أنهما جنسان وهو الصحيح لأنهما يختلفان فى الطعم واللون فكانا جنسين كالتمر الهندي والتمر البرنى ولانهما فرعان لجنسين مختلفين فكانا جنسين كدهن الجوز ودهن اللوز ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ اختلاف القول المذكور أشار اليه الشافعى فى الام فى باب مايجامع التمر ومايخالفه قال وكل ماخرج من زيت الزيتون فهو صنف واحد يجوز منه مايجوز بالحنطة والتمر بالتمر ويرد مايرد من الحنطة والتمر لايختلف وقد يعصر من الفجل دهن يسمى زيت الفجل وليس مما يكون ببلادنا يعرف له اسم بأمه ولست أعرفه يسمى زيتا إلا علي معنى أنه دهن لا إسم له مستعمل فى بعض

مريدا ان المستولدة تحلف أى اذا فرعنا على أن المجنى عليه يحلف فى مسألة الجناية فههنا يحلف المستولدة فانها تقع فى رتبته وفى العتق يحلف العبد *

﴿ فرع ﴾ لو أقر بجناية ينتقص ارشها عن قيمة العبد ومبلغ الدين فالقول فى مقدار الارش على الخلاف السابق ولا يقبل فيما زاد على ذلك لظهور التهمة وقيل بطرد الخلاف فيه *

﴿ فرع ﴾ لو باع عبداً ثم أقر بأنه كان قد غصبه أو باعه أو بأنه اشتراه شراء فاسدا لم يلتفت إلى قوله لانه اقرار فى ملك الغير والاقرار فى ملك الغير مردود ظاهر ويخالف اقرار الراهن فانه فى ملكه وعن بعض الاصحاب اجراء الخلاف فيه والمذهب الاول وحينئذ يكون القول قول المشترى فان نكل فالرد علي المدعى أو على المقر البائع حكى القاضى ابن كج فيه قولين * ولو أجر عبدا ثم أقر بأنه كان قد باعه أو أجره أو أعتقه ففيه الخلاف المذكور فى الرهن لبقاء الملك * ولو كاتبه ثم أقر بما لايصح معه الكتابة فان القاضى ابن كج أجري الخلاف فيه وقال الشيخ أبو حامد وغيره لايقبل بحال لان المكاتب بمنزلة من زال الملك عنه والله أعلم *

مايستعمل فيه الزيت وهو مباين للزيت فى طعمه وريحه وشجرته وهو فرع والزيتون أصل قال و يحتمل معنيين فالذى هو أولى به عندى والله أعلم ألا يحكم بان يكون زيتا ولكن يحكم بأن يكون دهنا من الأدهان فيجوز أن يباع الواحد منه بالاثنين من زيت الزيتون وذلك أنه إذا قال رجل أكلت زيتا أو اشتريت زيتا أعرف انه يراد به زيت الزيتون لأن الاسم له دون زيت الفجل وقد يحتمل أن يقال هوصنف من الزيت فلا يباع بالزيت إلامثلا بمثل والسليط دهن الجلجلان وهوصنف غير زيت الفجل وغير زيت الزيتون فلا بأس بالواحد منه بالاثنين من كل واحد منهما والأصحاب عادتهم اذا ذكر الشافعى رحمه الله مثل هذا التردد يجعلوه تردد قول له قال المصنف فى اللمع وقد قال الحامدى ان الشافعى نص فى المسألة فى الصرف على قولين فلعل نصه هناك أصرح من هذا وأطلق الشيخ أبو حامد حكاية القولين وقد ذكر الشافعى المسألة أيضا فى باب مايكون رطبا أبدا وقال فيه فزيت الزيتون صنف زيت الفجل صنف غيره جزم بذلك فى هذا الباب وكذلك جزم فى باب بيع الآجال من الام فقال ولا بأس بزيت الزيتون بزيت الفجل وزيت الفجل بالسمن متفاضلا وقد اقتضى كلامه فيما تقدم ترجيحه فلا جرم كان الصحيح أنهما جنسان وقد اقتضى كلام الرافعى أن فى المسألة طريقين كأنه قال الزيت المعروف مع زيت الفجل جنسان ومنهم من قال حكمهما حكم اللحمان وقال الرويانى أن القول بأنهما جنسان أشهر وأصح كما قال المصنف رحمه الله وقد أشار الشافعى رضى الله عنه فى ترجيحه أنهما جنسان الى منع اتفاقهما فى الاسم الخاص وأن زيت الفجل لايسمى زيتا على سبيل الحقيقة بل هو من الادهان التى لم يوضع لها اسم خاص لكنه لما كان مستعملا فى بعض مايستعمل فيه الزيت أطلق عليه اسم زيت أى مجازا هذا معنى كلام الشافعى رضى الله عنه وهو قريب من بحثه الذى تقدم فى الدقيق وان كان فى هذا زيادة على ذلك فلما انتفى وضع الخاص لها وكانا مع

قال ﴿ الامر الرابع فيما يفك الرهن فلو أذن المرتهن فى البيع ثم ادعى الرجوع قبل البيع فالقول قوله (و) لان الاصل أن لايبيع ولا رجوع فيتعارضان ويبقى أن الاصل استمرار العقد * ولو قال الراهن ماسلمته من المال كان عن جهة الدين الذى به الرهن فانفك وادعى المرتهن أنه عن جهة غيره فالقول قول الراهن * وكذا فى كل مايدعيه من قصوده فى الاداء فانه أعرف بنية نفسه * ولو قال لم أنو عند التسليم أحد الدينين فعلى وجه يوزع على الجهتين * وعلى وجه يقال له اصرف الآن إلى ماشئت * وكذا فى جميع نظائره ﴾ *

الأمر الرابع ممايتنازع فيه المتراهنان مايفك الرهن وذكر فيه صورتين (احداهما) إذا أذن المرتهن فى بيع الرهن وباع الراهن ورجع المرتهن عن الأذن ثم اختلفا فقال المرتهن رجعت قبل ان بعت فلم

ذلك مختلفى الطعم والريح والشجرة حكمنا بأنهما جنسان وقاسهما المصنف على التمر الهندى والتمر البرنى بجامع يشتركان فيه من الأوصاف المذكورة وهذا من المصنف يدل عليه أنه رأى أن التمر الهندي جنس برأسه جزما وهو المشهور عند الاصحاب وعن ابن القطان وجه أنه من جنس التمر ولعل شبهة ابن القطان أنه ظن اشتراكهما فى الاسم الخاص كما قلنا فى الزيت وجوابه يشمل ما تقدم عن الشافعى رضى الله عنه بان التمر الهندي لا يفهم من اسم التمر عند الاطلاق وانما يطلق عليه مقيدا فيقال تمر هندي وعند الاطلاق يتبادر الذهن الى التمر المعروف لا الى الهندى فلم يكن اسم التمر مشتركا بينهما والموجب لاتحاد الجنس الاتفاق فى الاسم بالدليل المتقدم وهو أبعد من الزيت لأنه لا يقال إلا تمر هندى مقيدا بخلاف الزيت فانه قد يطلق مجردا فلا يحسن إلحاقه به وتخريجه عليه وقد وقع فى كلام أبى محمد عبد الله بن يحيى الصغير على المهذب أن التمر الهندى لم يدخل الربا فيه من أصل الخلقة كاللحوم قال أبو عبد الله محمد بن أبى على القلعى في احترازاته قوله فرعان لجنسين احتراز من دقيق الحنطة البيضاء ودقيق الحنطة السمراء فانهما فرعان لجنس واحد وقوله مختلفين تأكيد لا احتراز فيه فان تغاير الجنسية وتعددها يوجب اختلافهما ضرورة وقد أفاد ابن الصعبى أن فى مختلفين فائدة وهى التنبيه على أن الاختلاف حاصل قبل اشتراكهما فى اسم الزيت أى أن الاختلاف هو علة التعدد فى الجنسية وهو حاصل هنا فى الاصل فيسير فى اللفظ اشعار بعلة التعدد وتنبيه على مناط الحكم وأنه ان فقد فى الفرع فهو موجود فى الاصل ﴿ فائدة ﴾ السليط الشيرج والجلجلان السمسم قاله القاضى أبو الطيب •

﴿ فرع ﴾ من كلام الرافعى فى البطيخ المعروف مع الهندباء والقثاء مع الخيار وجهان حكاهما الرويانى وغيره قال فى الروضة (أصحهما) أنهما جنسان البقول كالهندباء والنعناع وغيرهما أجناس

يصح بيعك و بقى المال رهنا كما كان وقال الراهن بل رجعت بعد البيع فوجهان (أظهرهما) عند الأكثرين أن القول قول الراهن لأن الاصل عدم رجوع المرتهن فى الوقت الذي يدعيه والاصل عدم بيع الرهن فى الوقت الذي يدعيه فيتعارضان و يبقى أن الاصل استمرار الرهن (والثانى) أن القول قول الراهن لتقوى جانبه بالاذن الذى سلمه المرتهن وتوسط فى التهذيب بين الوجهين فقال ان قال الراهن أولا تصرفت باذنك ثم قال المرتهن كنت رجعت قبله فالقول قول الراهن مع يمينه وان قال المرتهن أولا رجعت عما أذنت فقال الراهن كنت تصرفت قبل رجوعك فالقول قول المرتهن مع يمينه لان الراهن حين أخبر لم يكن قادرا على الانشاء ولو أنكر الراهن أصل الرجوع فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الرجوع (الصورة الثانية) إذا كان عليه دينان باحدهما رهن دون الآخر فسلم إليه

(إذا قلنا) بجريان الربا فيها قاله الرافعى والريانى ودهن السمسم وكسبه جنسان قاله جماعة كالمخيض والسمن وفى عصير العنب مع خله وجهان (أظهرهما) أنهما جنسان لافراط التفاوت فى الاسم والصفة والمقصود فى السكر والقايند وجهان (أظهرهما) أنهما جنسان لاختلاف قضيتهما والسكر والنبات والطبر دد جنس واحد(١) وفى السكر الاحمر وهو القوالب وهو عكس الابيض ومن قصته تردد للأئمة لاختلافهما فى الصفة قال الامام ولعل الاظهر أنه من جنس السكر والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال صاحب التتمة الذرة جنس واحد وان كانت الذرة المعروفة بيضاء اللون كثيرة الحبات والذى تعرف بالدخن صغيرة الحبات صفراء اللون إلا أن الاسم يشمل الكل ويتقاربان فى الطعم والطبع وأنواع العنب كلها جنس واحد حتى أن المشمش مع سائر الاعناب جنس واحد وأنواع كل واحد من أجناس الكمثرى والرمان والسفرجل والتفاح والمشمش أنواع كل منها جنس وأنواع البطيخ جنس واحد الحلو وغير الحلو فان البطيخ الذى فيه الحبات الـود ويعرف فى العراق بالريفى والرومى وفى بعض البلاد بالهندى مع البطيخ المعروف جنس واحد او جنسان فيه وجهان *

﴿ فرع ﴾ الجوز الهندى مع الجوز المعروف جنسان قاله الرويانى وكلامه يقتضي أن خلاف ابن القطان فيه فانه قال التمر الهندى مع التمر المعروف جنسان وكذلك الجوز المعروف مع الجوز الهندى وحكى ابن القطان وجها أنها جنس واحد لان الاسم يشمل الكل وكلامه أيضا يقتضى أن ابن القطان ناقل الوجوه لايخرج له والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ واختلف قوله فى اللحمان فقال فى أحد القولين هي أجناس وهو قول المزنى وهو الصحيح

الفا ثم اختلفا فقال من عليه الدين سلمته عما به الرهن وقال المستحق بل عن الآخر فالقول قول الدافع مع يمينه لانه أعرف بقصده وكيفية أدائه ولا فرق بين أن يختلفا فى مجرد النية أو فى اللفظ أيضا با يقول قد ذكرت أنه عن هذا الدين وخالفه الآخر وكذا الحكم لو كان باحدهما كفيل أو كا أحدهما حالا أو ثمن مبيع وهو محبوس به فقال سلمته عنه وأنكر صاحبه قال الأئمة والاعتبار فى أداء الدين بقصد المؤدي حتى لوظن المستحق انه يودعه عنده وظن من عليه الدين الأداء تبرأ ذمته ويصير المؤدى ملكا للمستحق فان كان عليه دينان فادى عن أحدهما بعينه وقع عنه وان أدى عنهما يقسط على الدينين وان لم يقصد فى الحال شيئا فوجهان (أحدهما) وبه قال ابن أبى هريرة أنه يوزع على الدينين إذ ليس أحدهما أولى من الآخر (وأظهرهما) وبه قال ابواسحق انه يراجع حتى يصرفه اليهما أو إلى

لانها

(١) كذا بالاصل فحرر

لانها فروع لاصول هي أجناس فكانت أجناسا كالادقة والادهان (والثانى) أنها جنس واحد لانها تشترك فى الاسم الخاص فى أول دخولها فى تحريم الربا فكانت جنسا واحدا كالتمور وتخالف الادقة والادهان لان أصولها أجناس يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا فاعتبر فروعها بها واللحمان لايحرم الربا فى أصولها فاعتبرت بنفسها ﴾.

﴿ الشرح ﴾ القولان فى اللحم مشهوران منصوص عليهما قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر اللحم كله صنف وحشيه وانسيه وطائره لايحل فيه البيع حتي يكون يابساً وزنا بوزن ونسب الماوردى هذا الى القديم وقد رأيت اللفظ المذكور فى المختصر فى الام فى باب الرطب بالتمر ولكن فى آخره كلام متناقض لم يتبين لى الجمع بينهما وتوهمت أنه غلط من ناسخ فرأيته فى أكثر من نسخة ونسب الماوردى القول بأنها أجناس الى الجديد وقال فى الام فى باب بيع اللحم والقول فى اللحمان المختلفة واحد من قولين (أحدهما) أن لحم الغنم صنف ولحم الأبل صنف ولحم البقر صنف ولحم الظباء ولحم كل ماتفرقت به أسماء دون الاسماء الجامعة صنف فيقال كله حيوان وكله دواب وكله من بهيمة الأنعام فهذا جماع أسمائه كله ثم يعرف أسماؤه فيقال لحم غنم ولحم بقر ولحم إبل و يقال لحم ظباء ولحم أرانب ولحم زرابيع ولحم ضباع ولحم ثعالب ثم يقال فى الطير هكذا لحم كراكى ولحم حباريات ولحم حجل ولحم معاقب كما يقال طعام ثم يقال حنطة وذرة وشعير وهذا قول يصح و ينقاس وأطال الشافعى فى

أيهما شاء كما اذا كان له مالان حاضر وغائب ودفع دراهم الى المستحقين ذكاة وأطلق له صرفها الى ماشاء منهما وتردد الصيدلانى فى حكاية الوجه الاول أنه يوزع على قدر الدينين أوعلي المستحقين بالتسوية وعلى هذا القياس نظائر المسألة كما إذا تبايع مشتركان درهما بدرهمين وسلم الفضل من التزمه ثم اسلما إن قصد تسليمه عن الفضل فعليه الاصل وإن قصد تسليمه عن الاصل فلاشىء عليه وان قصد تسليمه عنهما وزع عليهما وسقط مابقى من الفضل وان لم يقصد شيئا ففيه الوجهان * ولو كان لزيد عليه مائة ولعمرو مثلها فوكلا وكيلا بالاستيفاء فدفع المديون الى الوكيل لزيد أولعمرو فذاك وان أطلق فعلى الوجهين ولو قال خذه وادفعه الى فلان أو اليهما فهذا توكيل منه بالاداء وله التعبير مالم يصل الى المستحق ولو ابرأ مستحق الدينين المديون عن مائة وكل واحد منهما مائة نظر ان قصد أحدهما او قصدهما فالامر علي ماقصد وان اطلق فعلى الوجهين ولو اختلفا فقال المبرىء ابرأت عن الدين الخالى عن الرهن أوالكفيل وقال المديون بل عن الآخر فالقول قول المبرىء مع يمينه والله أعلم * هذا شرح ماأورده فى باب النزاع وقد يختلف المتراهنان فى أمور أخر (منها) ماالندرج فيما قبله من أبواب الرهن (ومنها) مااذا اختلفا المتراهنان فى قدم عيب الرهن وحدوثه اذا كان مشروطا وقد ذكرناه فى كتاب البيع * ومن فروع هذا الباب مااذا رهنه عصيرا ثم اختلفا بعد القبض فقال المرتهن

التفريع على هذا القول نحو ورقة ثم قال الثاني فى هذا الوجه ان يقال اللحم كله صنف كالتمر كله صنف ومن قال هذا لزمه عندي أن يقوله فى الحيتان لأن اسم اللحم جامع لهذا القول ومن ذهب هذا المذهب لزمه إذا أخذه بجامع اللحم أن يقول هذا الجامع مع التمر يجعل الزبيب والتمر وغيره من الثمار صنفا وهذا ما يجوز لأحد أن يقوله عندى فاقتضى كلام الشافعي رضى الله عنه هذا الرد على من يقول بأنها من جنس واحد والزامه بأن يقول إن الزبيب والتمر جنس واحد لاشتراكهما فى اسم جامع وهذا ينبهك على أن اسم اللحم اسم عام لا خاص وكلام الأصحاب كالشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمصنف وغيرهم يقتضى أن اسم اللحم خاص ثم يقررون بعد ذلك أنها أجناس بما سنذكره وتحقيق ذلك يؤول الى بحث لفظى فانه أن أريد بالخاص مالم يوضع لما تحته من أنواعه اسما بخصوصها فان اسم اللحم على هذا خاص وما تحته من لحم البقر والغنم شبيه بالمعقلى والبرنى إذ ليس لكل منهما اسم يخصه وان اريد به أن يكون ثم اسماء صادقة على ذلك الشيء و يكون هو أخصها كالحب والحنطة فاسم اللحم

قبضته وقد تخمر فلي الخيار فى فسخ البيع المشروط فيه هذا الرهن وقال الراهن بل صار عندك خمرا فلا ولان (أصحهما) ان القول قول الراهن مع يمينه لأن الاصل بقاء البيع والمرتهن يتدرج بما يقوله الى الفسخ (والثانى) وبه قال أبو حنيفة والمزني أن القول قول المرتهن مع يمينه لأن الأصل عدم القبض الصحيح ولو زعم المرتهن أنه كان خمرا يوم العقد وكان الشرط شرط رهن فاسد فمنهم من طرد القولين وعن ابن أبى هريرة القطع بأن القول قول المرتهن ومأخذ الطريقين أن فساد الرهن هل يوجب فساد البيع (ان قلنا) لا خرج على القولين (وان قلنا) نعم فالجواب ماقاله ابن أبي هريرة لأنه ينكر أصل البيع والاصل عدمه ويمكن أن يخرج على الخلاف (وان قلنا) ان فساد الرهن يوجب فساد البيع على الخلاف فيما اذا اختلف المتبايعان فى شرط مفسد وقد مر ثم ههنا فائدتان (احداهما) خرج مخرجون القولين على أن المدعى من يدعى أمرا خفيا والمدعى عليه من يدعي أمرا جليا والمدعى من لو سكت ترك والمدعى عليه من لو سكت لم يترك هذا أصل معروف فى موضعه (فان قلنا) بالأول فالمدعى الراهن لأنه قد يدعى جريان القبض الصحيح والاصل عدمه فيكون القول قول المرتهن (وان قلنا) بالثانى فالمدعى المرتهن لأنه لو سكت لترك والراهن لا يترك لو سكت فيكون القول قول

﴿ قوله ﴾ روى أن عطاء بن أبى رباح كان يجوز وطء الجارية المرهونة باذن مالكها قال عبد الرزاق أنا ابن جريج أخبرني عطاء قال يحل الرجل وليدته لغلامه أو ابنه أو أخيه أو أبيه والمرأة لزوجها وما أحب أن يفعل ذلك وما بلغنى عن ثبت وقد بلغنى أن الرجل يرسل وليدته الى ضيفه ثم روى بسنده عن طاوس أنه قال هو أحل من الطعام فان ولدت فولدها للذى أحلت له وهي لسيدها الاول وأنا ابن جريج أخبرنى عمرو بن دينار أنه سمع طاوسا يقول قال ابن عباس اذا أحلت المرأة للرجل أو ابنته أو أخته له جاريتها فليصبها وهى لها وأنا معمر قال قيل لعمرو بن دينار في ذلك فقال لا تعار الفروج *

على هذا ليس بخاص وأن اسم البقر والحيوان والدواب وبهيمة الانعام لايصدق شيء منها على اللحم حالة كونه لحما على ان تقسيم الشافعي الذي قدمنه آنفا يشعر بخلاف ذلك فينبغي تأويله عليه حتى يجرى كلامه هنا وفى الادهان على نمط واحد فانه جعل الادهان مما لايوضع لها اسم خاص وهى بمنزلة اللحم فى ذلك لانه لايصدق عليها حالة كونها دهنا اسم ما استخرجت منه بل تذكر مضافة اليه كما يذكر اللحم مضافا إلى الحيوان الذى هو منه فان جعلنا اسم اللحم ليس بخاص سهل النظر فى المسألة واثبات أنها أجناس وان جعلناه خاصا فقد وجه الاصحاب ذلك بما ذكره المصنف وينبغي أن يتأمل قول المصنف فيما تقدم فى زيت الزيتون وزيت الفجل أنهما فرعان لجنسين مختلفين وقوله هنا إنها فروع لاصول هى أجناس فلم يقل فروع لاجناس كما قال ولا قال مختلفة والحكمة فى ذلك أن كون الزيتون والفجل جنسين لاشبهة فيه وذلك معلوم من أحكام الربا فيهما وأما كون الحيوانات أجناسا فتحتاج الى دليل لعدم جريان الربا فمن أين لنا أنها أجناس أو جنس واحد فلذلك جعل الوصف المشترك فى صدر كلامه أنها فروع لاصول وهذا لايمكن منعه ثم قال هى أجناس وهذا فى حكم الدعوى والدليل عليه أن الابل والغنم لايضم بعضها الى بعض فى الزكاة فدل على أنها أجناس مختلفة كذلك استدل له القاضي أبو الطيب ولما كان زيت الزيتون وزيت الفجل يشتركان فى اسم الزيت الذى هو أخص من الدهن وذلك يوهم اتحادهما احتاج أن يوضح التباين فى اصولهما بقوله مختلفين واللحمان كلها انما تتميز بالاضافة كبقية الادهان مما ليس له اسم يخصه اعتني باثبات أن

الراهن (والثانية) استنبط القاضي الحسين من القولين الجواب فى فرعين (أحدهما) سلم العبد المشروط رهنه ملفوفا فى ثوب ثم وجد ميتا فقال الراهن مات عندك وقال المرتهن بل كان ميتا قال فى المصدق منهما القولان (والثانى) اشترى مائعا وجاء بظرف فصبه البائع فيه فوجدت فيه فأرة ميتة فقال البائع انها كانت فى ظرفك وقال المشترى بل أقبضتنيه وفيه الفأرة فيمن يصدق القولان ولو زعم المشترى أنها كانت فيه يوم البيع فهذا اختلاف فى أن العقد جرى صحيحا أو فاسدا *

﴿ خاتمة ﴾ ليس للراهن أن يقول أحضر المرهون وأنا أؤدى دينك من مالى بل لايلزمه الاحضار بعد الاداء أيضا وانما عليه التمكين كالمودع والاحضار وما يحتاج اليه من مؤنه على رب المال ولو احتاج الى بيعه فى الدين لم يكن عليه الاحضار أيضا بل يتكلف الراهن مؤنته ويحضره القاضي حتى يبيعه والله تعالى أعلم *

أصولها أجناس ولم يحتج إلي زيادة لفظ الاختلاف فهذا هو القول وهذا من الشافعي رحمه الله قطع بان اللحمان أصناف وقد قطع قبل هذا الباب بان ألبان الغنم والبقر والابل أصناف مختلفة فلحومها التي هي أصل الالبان بالاختلاف أولى وقال ابن الرفعة ومن هنا نسب الاصحاب الى المزني اختيار القول بانها أجناس وان كلام المزني يقتضي اختيار القطع به ولم يعرِّ اليه أحد من الاصحاب لاجل أن ماتمسك به في مأخذه غير خال عن احتمال فان الاشتراك في اسم خاص كالتمر والبر واشتراك التمر

قال ﴿ كتاب التفليس ﴾

﴿ إلتماس الغرماء الحجر بالديون الحالة الزائدة على قدر المال سبب لضرب الحجر (ح) على المفلس بدليل الحديث وفي التماس المفلس دون الغرماء والتماس الغرماء بدين يساوي المال أو يقرب منه خلاف والديون المؤجلة لاحجر بها (و) ولايحل الأجل بالفلس على الأصح ﴾ *

التفليس النداء على المفلس واشهاره بصفة الافلاس ولفظ الافلاس مأخوذ من الفلوس وقولهم أفلس الرجل كقولهم أخبث أى صار أصحابه خبثاء لأن ماله صار فلوسا وزيوفا ولم يبق ماله خطر أو كقولهم أذل الرجل اذا صار في حال يذل فيها لأنه صار الى حالة يقال ليس معه فلس أو يقال لم يبق معه إلا الفلوس أو كقولهم أسهل الرجل وأحزن اذا وصل الى السهل والحزن لانه انتهى أمره وتصرفه الى الفلوس هذا في اللغة (وأما) في الشرع فقد قال الأئمة رحمهم الله المفلس من عليه ديون لايفي بها ماله ومثل هذا الشخص يجوز للحاكم الحجر عليه بالشرائط التي نذكرها واذا حجر عليه ثبت حكمان (أحدهما) تعلق الدين بماله حتى لاينفذ تصرفه فيه بما يضر الغرماء ولاتزاحمهم الديون الحادثة كما سيأتي ان شاء الله تعالى (والثاني) ان من وجد عند المفلس عين ماله كان أحق به من غيره * ولو مات مفلسا قبل أن يحجر عليه تعلقت الديون بالتركة على ما مر بيانه ولا فرق بين المفلس وغيره (وأما) الحكم الثاني فانه يثبت ويكون موته مفلسا كالحجر عليه وقال مالك يحجر عليه ويثبت التعلق والرجوع ولكنهما لايثبتان بالموت وحكى أصحابنا عن أحمد رضى الله عنه مثل مذهبنا ورأيت في كتب بعض أصحابه أن مذهبه كمذهب مالك (وأما) أبو حنيفة فانه قال ليس الحاكم الحجر عليه فان فعل وأمضاه حاكم نفذ في امتناع التصرف عليه ولكن لارجوع للبائع في عين متاعه * وجه المذهب ماروى عن كعب بن مالك رضى الله عنه « أنه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ وباع عليه ماله » (١) وعن أبي هريرة رضى الله عنه أنه

﴿ كتاب التفليس ﴾

(١) ﴿ حديث ﴾ كعب بن مالك أنه ﷺ حجر على معاذ وباع عليه ما له: الدارقطني والحاكم والبيهقي من

والزبيب في اسم عام وهو الثمرة و به ينقطع الالزام (قلت) وسيأتي من كلام القاضي حسين مايقتضي حكاية طريقة قاطعة والله أعلم (والقول الثاني) أنها جنس واحد لما ذكره المصنف (وقوله) في الاسم الخاص احتراز من البر والشعير والرطب والعنب . فانهما يشتركان في اسم عام كالحب والثمرة (وقوله) في أول دخولها في تحريم الربا احتراز من الادقة قال القاضي أبو الطيب لانها أجناس منع اشتراكهما في الاسم الخاص وهو الدقيق الا أنها ليست أول حال الربا لأن الربا يجري في حباتها ولا يشترك في الاسم الخاص وقياسه على التمور قال القاضي ان اصحابنا يقيسون على التمر أنه ليس بصحيح لان الربا يسبق كونه رطبا و بسرا وتمرا وخلا لأن الطلع مطعوم يجري فيه الربا وهو أول حاليه فوجب بان يقاس على الطلع فان الاسم الخاص وهو الطلع يجمع الجميع وتابعه على ذلك صاحب الشامل

صلى الله عليه وسلم قال « اذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء » (١) ويروى عنه أنه قال « في مفلس أتوه به هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجده بعينه» (٢) ومن جهة المعنى أنه عقد معاوضة يدخله الفسخ بالاقالة فدخله الفسخ بتعذر العوض كما لو تعذر المسلم واحترزوا بالوصف عن الحوالة والخلع ثم ههنا مباحثات (إحداها) لاشك أن التعلق المانع من التصرف يفتقر ثبوته الى توسط حجر القاضي عليه وهل الرجوع الى

طريق هشام بن يوسف عن معمر عن الزهري عن ابن كعب بن مالك عن أبيه بلفظ حجر عن معاذ ماله وباعه في دين كان عليه وخالفه عبد الرزاق وعبد الله بن المبارك عن معمر فارسلاه ورواه أبو داود في المراسيل من حديث عبد الرزاق مرسلا مطولا وسمى ابن كعب عبد الرحمن قال عبد الحق المرسل أصح من المتصل وقال ابن الطلاع في الاحكام هو حديث ثابت وكان ذلك في سنة تسع وحصل لغرمائه خمسة أسباع حقوقهم فقالوا يارسول الله بعه لنا قال ليس لكم اليه سبيل ﴿ تنبيه ﴾ قوله وباعه الضمير يعود على المال وأخرجه البيهقي من طريق الواقدي وزاد ان النبي صلى الله عليه وسلم بعثه بعد ذلك إلى اليمن ليجبره وروى الطبراني في الكبير ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حج بعث معاذاً الى اليمن وأنه أول من اتجر في مال الله وفي الباب عن أبي سعيد أصيب رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال تصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال خذوا ماوجدتم وليس لكم الا ذلك أخرجه مسلم *

(١) ﴿ حديث ﴾ أبي هريرة اذا أفلس الرجل وقد وجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء . متفق عليه ومعظم اللفظ لمسلم من طريق بشير بن نهيك عنه ولهما من طريق أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث وغيره بلفظ من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو انسان قد أفلس فهو أحق به من غيره *

(٢) ﴿ حديث ﴾ أبي هريرة أنه قال في مفلس أتوه به هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه الحديث * أبو داود والشافعي

وما قاله القاضي فيه نظر فان الطلع اسم لطلع النخلة قبل صيرورته بلحا أو بسرا (وأما) اطلاقه على البسر والرطب والتمر فمن باب المجاز لانه كان كذلك فلم يتجه قول القاضي انه اسم يجمع الجميع وإذا كان كذلك فلا يصح القياس عليه لانه ليس هناك أشياء تشترك فيه وان كان أول دخول الربا فلا جرم والله أعلم لم يعتمد المصنف ماقاله القاضي أبو الطيب مع هذا الموضع مع كونه شيخه ومعتمده واعتمد ماقاله الاصحاب (وأما) الاشكال الذى أورده القاضي فجوابه أن أنواع التمر مشتركة فى اسم خاص فى جميع أحوالها من أول دخولها فى الربا بكون كل منها طعاما ثم يصير بسرا أو رطبا ثم يصير تمرا وفى كل حالة من أحواله الثلاث يصدق ذلك الاسم على كل من الأنواع المعقلى والبرنى وغيرهما وذلك الاسم خاص فصح أن أنواع التمور تشترك من أول دخولها في تحريم الربا الى

عين المبيع كذلك أو هو مستغن عن الحجر ان كان الاول فما وجه قوله ﷺ «أيما رجل مات أو أفلس» الحديث أثبت الاحقية بمجرد الافلاس وان كان الثانى فلم جعل صاحب الكتاب الرجوع حكما للحجر حيث قال ثم للحجر أحكام أربعة وهو أحدها وعلى هذا التقدير يكون الرجوع حكم الافلاس لا حكما للحجر (والجواب) الذى يدل عليه كلام الاصحاب ههنا تعريضا وتصريحا افتقار الرجوع الى توسط الحجر كافتقار تعلق الديون بالمال ولفظ الكتاب مطابق له الا أن ماحكيناه فى تفريع الاقوال عند اختلاف المتبايعين فى البداية بالتسليم يشعر باستغنائه عن الحجر فراجعه إن لم تتذكر والمعتمد الاول والحديث يحتمل وجوها من التأويل (منها) أن يريد بالافلاس الحجر فعبر بالسبب عن المسبب فان الافلاس سبب الحجر (ومنها) أن يضمر الحجر فيه (ومنها) أن يقال لفظ الحديث الاحقية وهذا اللفظ يصدق بالتمكين من الرجوع بسلوك الاسباب المفضية اليه ومن جملتها طلب الحجر فاذا مجرد الافلاس يفيد الاحقية (الثانية) فيما نقلناه عن الائمة فى تفسير المفلس قيدان (أحدهما) المديونية (والآخر) ان

والحاكم من طريق ابن أبى ذئب عن أبي المعتمر عن عمر بن خلدة عنه وأبو المعتمر قال أبو داود والطحاوي وابن المنذر هو مجهول ولم يذكر ابن أبى حاتم له الاراويا واحدا وهو ابن أبى ذئب وذكره ابن حبان فى الثقات وهو للدار قطنى والبيهقى من طريق أبي داود الطيالسي وروى ابن حبان والدار قطني وغيرهما من طريق الثورى فى حديث أبى بكر عن أبي هريرة اللفظ الذى ذكره المصنف ﴿ فائدة ﴾ قال ابن عبد البر هذا الحديث لايرويه غير أبي هريرة وحكى البيهقى مثل ذلك عن الشافعي ومحمد بن الحسن وفي اطلاق ذلك نظر لما رواه أبو داود والنسائى عن سمرة بلفظ من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به ولابن حبان في صحيحه من طريق فليح عن نافع عن ابن عمر بلفظ اذا عدم الرجل فوجد البائع متاعه بعينه فهو أحق به *

آخرها فى اسم خاص هو إما طلع و إما رطب و إما تمر فان ثلاثتها انواع للثمرة وليس المراد أنها من أول دخولها فى الر باتشترك فى اسم التمر فافهم ذلك فانى لم أره لغـيرى وهو مما فتح الله تعالى به وبذلك يحسن الاحتراز بهذا القيـد عن الادهـان والادقة فان دقيق القمح ودقيق الشعير مثـلا انما يشـتركان فى الاسم الخـاص حين صـارا دقيقا وقبـل ذلك كان هـذا قمحا وهـذا شـعيرا ليس بينهما اشتراك فى اسم خاص لادقيق ولا قمح ولا شـعير وانما يشتركان في اسم الحب والله أعلم * ثم بعد ذلك رأيت هذا الذى ظهر لى بعينه ذكره القاضى أبو الطيب فى مسألة الألبان فرحمه الله ورضى عنه و بعد أن حرر القاضى أبو الطيب القياس على الطلع على ما ارتضاه أجاب عنه بان الطلع انما اعتبر اشترا كه فى الاسم الخاص لأن أصوله لم يثبت لها حكم الاصناف فـكان الاعتبار بنفسه وليس كذلك اللحوم فان أصولها أصناف فـكان الاعتبار بأصولها كما نقول فى الأدقة والأدهان وذكر القاضى حسين لما تـكلم فى الألبان أن فى اللحمان طريقان ولم يبينهما واعل فى ذلك طريقة قاطعة بأنها أجناس وان من أصحابنا من قال إنها كاللحمان ومنهم من قال الالبان أجناس قولا واحداً وقول المصنف ويخالف الادقة والادهان الخ مقصوده بذلك الفرق بينهما و بين اللحمان (فان قلت) كيف تحرير هذا الفرق فان الفرق أبدى معني في احدى الصورتين مفقود فى الاخرى والمعني الذى أبداه فى الادقة والادهان كون أصولها أجناسا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا ونحو ذلك ليس مفقودا فى أصول اللحمان حتي يضم اليـه تحريم النساء فليس بين الوصفين اللذين ذكرهما وهما جواز التفاضل وعدم حرمة الربا تضاد فـكانت المقابلة الظاهرة أن يقال لان أصول الادقة والادهان ربوية بخلاف أصول اللحمان هكذا صنع الشيخ أبو حامد (قلت) لما كان حكم الربا فى الاصول المذكورة معلوماً سكت عنه وجعل المعني المقصود أنه فى

يكون ماله قاصرا عن الوفاء بالديون والقيد الاول لابد منه لجواز الحجر وأما الثانى فيجوزأن يقال إنه لاحاجة اليه بل مجرد الدين يكفى لجواز الحجر منعا له من التصرفات فيما عساه يحدث له باصطياد واتهاب والظفر بركازوغيرها فان كان كذلك فمفسر المفلس بالذى ليس له مال يفى بديونه لينتظم من لامال له أصـلا ومن له مال قاصر وإنمـا يراد بالمفلس في المشهور من لامال له فانه بمجرده لايؤثر فى هذه الاحكام بحال (الثالثة) قوله ﷺ ايما رجل مات أو أفلس يقتضى ظاهره ثبوت الرجوع وان كان مال الميت وافيا بالديون فهذا الظاهر هل هو معمول به أم لا (الجواب) أثبت الاصطخرى الرجوع بمجرد الموت أخذا بهذا الظاهر والمذهب المنع لتيسر الوصول الى الثمن كما فى حال الحياة والخبر محمول على ما إذا مات مفلسا لأنه روى فى بعض الروايات أنه ﷺ قال «أيما رجل

ذلك المحل ثبت لها حكم الاجناس المختلفة فى الربا ولهذا صرح بجواز التفاضل فانه أثر اختلاف الجنس فيها فلما كان اختلاف الجنس معتبرا فيها اعتبر فى فروعها بخلاف اصول اللحمان فانهاوان كانت أجناسا الا أن اختلاف الجنس ليس معتبرا فيها فى الربا لانه لاربا فيها فنبه باختلاف الجنس فى الادقة والادهان على المعني الموجب لاختلاف الفروع والمراد كونه في محل ربوى ونبه بقوله لا يحرم الربا فى أصول اللحمان على عدم ذلك المعنى فيها لانه متى لم تكن ربوية لايصح أنه يثبت لها حكم الاجناس المختلفة فى الربا ضرورة فكأنه نفى الوصف المذكور بدليله والمقصود أن اللحمان لاتعتبر فى أصولها فى كونها اجناسا بخلاف الادقة حيث اعتبرت بأصولها فى ذلك وليس المقصود اعتبار كل منهما بأصله فى كونه ربويا او غير ربوى اذ كل من الفرعين ربوى قطعا فثبوت حكم الربا أمر معلوم والفرق راجع الى ان اصول الادقة والادهان يثبت لها حكم الاجناس المختلفة فى الربا بخلاف اصول اللحمان لم يثبت لها ذلك لأنه لاربا فيها وقد اجاب القاضى ابو الطيب عن هذا الفرق بان اصول اللحمان ثبت لها حكم الأجناس المختلفة فى الزكاة ولا فرق بين الزكاة والربا فان حكم الصنف الواحد والأصناف فيها سواء الا ترى ان الحنطة لاتضم إلى الشعير فى الزكاة ويكونان صنفين مختلفين وكذلك فى الربا فلا فرق بينهما فقد تبين الغاء الفرق (والجواب) عن القياس الذي استدل به لكونها جنسا ان جعل الأصل المقيس عليه الطلع فقد تقدم جواب القاضى ابى الطيب

مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجده بعينه مالم يخلف وفاء » و إذا تقررت هذه التمهيدات فالكلام بعد فى أنه متى يحجر عليه قال حجة الاسلام التماس الغرماء الحجر بالديون الحالة الزائدة علي قدر المال سبب لضرب الحجر على المفلس وفيه قيود (أولها) الالتماس ولابد منه وليس للقاضى أن يحجر عليه من غير التماس لأن هذا الحجر لمصلحة الغرماء والمفلس وهم ناظرون لانفسهم فلا يتحكم الحاكم عليهم نعم لو كانت الديون لمجانين أو أطفال أو محجورين بالسفه لولى القاضى الحجر لمصلحتهم من غير التماس ولايحجر لدين الغائبين لأنه لايستوفى مالهم فى الذمم وانما تحفظ أعيان أموالهم (وثانيها) كون الالتماس من الغرماء وفيه مسألتان (احداهما) لو التمس بعضهم دون بعض نظران كان دين الملتمس قدرا يجوز الحجر عليه لذلك القدر أجيبوا ثم لايختص الحجر بهم بل يعم أثره الكل وان لم يكن فوجهان (الاظهر) المنع وعن الشيخ أبى محمد أنه يحجر ولايضيع حقه بتكاسل غيره (الثانية) لو لم يلتمس أحد منهم والتمسه المفلس فوجهان (أحدهما) لايجاب اليه لأن الحرية والرشد ينافيان الحجر وانما يصار اليه اذا حقت طلبة الغرماء (وأظهرهما) الاجابة لان له غرضا فيه ظاهرا وقد روى « أن الحجر على معاذ رضى الله عنه كان بالتماس منه دون طلب الغرماء » (وثالثها) كون الديون حالة فان

عنه وان جعل القياس على التمور كما فعله المصنف وأ كثر الأصحاب فكذلك لأن المعقلي والبرني أصل كل منها ليس جنسا مخالفا الأصل الآخر لأن اصلها التمر والرطب والطلع وهو شيء واحد في جميع الأحوال كما تقدم التنبيه عليه فليس له أصول مختلفة فلذلك اعتبر بنفسه بخلاف اللحمان فان لها أصولا مختلفة كل منها صنف مستقل فاعتبر به فقد تحرر المذهب نقلا ودليلا أن اللحمان أجناس وهو الذي صححه كثير من الأصحاب وممن صرح به القاضي أبو الطيب والمصنف وصاحب البيان والشاشي في الحلية والرافعي وقال المحاملي في مسألة الألبان إنه القياس ونسبه الماوردي إلى الجديد وأ كثر كتبه وخالف القاضي حسين فقال الصحيح أنها جنس واحد وكذلك الجوزي فيما حكاه ابن الرفعة عنه وقد اعترض المصنف في الثلث على الدليل الذي ذكره هنا لكونها أجناسا فقال لا تأثير للوصف. فان

كانت مؤجلة فلا حجر بها سواء كان له مايفي بها أو لم يكن لانه لامطالبة في الحال وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة وان كان البعض حالا والبعض مؤجلا نظر ان كان الحال قدراً يجوز الحجر به حجر والا فلا واذا حجر عليه فهل يحل ماعليه من الديون المؤجلة فيه قولان (أحدهما) نعم وبه قال مالك لان الحجر يوجب تعلق الدين بالمال فيسقط الاجل كالمتوفى (وأصحهما) لا لان المقصود من التأجيل التخفيف ليكتسب في مدة الاجل مايقضى به الدين وهذا المقصود غير ثابت بخلاف صورة الموت فان توقع الاكتساب قد يبطل وهذا مااختاره المزني ونقله عن الاملاء وعن الشيخ أبي محمد ترتيب هذين القولين على القولين في أن من عليه الدين المؤجل لو جن هل يحل عليه الأجل وان الحلول في صورة الجنون أولى لأن المجنون لااستقلال له كالميت وله قيم ينوب عنه كما ينوب الوارث عن الميت ورأى الامام الترتيب بالعكس أولى لان قيم المجنون له أن يبتاع له بثمن مؤجل عند ظهور المصلحة فاذا لم يمنع الجنون التأجيل ابتداء فلأن لايقطع الاجل دواما كان أولى *

﴿ التفريع ﴾ إذا قلنا بالحلول قسم المال بين أصحاب هذه الديون وأصحاب الديون الحالة في الابتداء كما لو مات وان كان في الديون المؤجلة ما كان ثمن متاع وهو قائم عند المفلس فلصاحبه الرجوع إلى عين متاعه كما لو كان حالا في الابتداء وعن القاضي أبي الطيب أن أبا اسحق قال فائدة الحلول أن لايتعلق بذلك المتاع حق غير بائعه ويكون محفوظا له الى مضى المدة فان وجد المفلس وفاء فذاك والا فحينئذ يفسخ وقيل لافسخ حينئذ ايضا بل لو باع بثمن مؤجل وحل الأجل ثم أفلس المشترى وحجر عليه فليس للبائع الفسخ والرجوع إلى المبيع لأن المبيع بالثمن المؤجل يقطع حق البائع عن المبيع بالكلية ولهذا لا يثبت فيه حق الحبس للبائع والأصح الأول (وان قلنا) بعدم

الثياب الهروية والمروية عندهم أجناس وان كانت فروعا لجنس واحد هـذا السؤال يسـمى بعدم التأثر ومعناه أن لايعدم الحـكم لعـدم العلة وقد تتعجب من المصنف لـكونه استدل للقول الثانى وأجاب عن دلـيل الأول وسكت على ذلك مع كونه صرح بتصحيح القول الأول ولا عجب والسبب الداعي لذلك أن القول الثانى وان كان ضعيفا في المذهب فهو متصور فى الخلاف بينناو بين أبي حنيفة فان مذهبه كالصحيح عندناوالمسألة مذكورة فى الخلافيات وممن ذكرها المصنف وقد اعترض ابن معن صاحب التنقيب على المهذب فقال قوله مشترك فى الاسم الخاص فى أول دخولها فى الربا فيه خلل لان ثبوت الجنسية وعدمها لايتلقى من تحريم الربا وانما تحريم الربا ينبني على ثبوت الجنسية وعدمها واذا كانت أصولها أجناساً فى أصل خلقتها كانت أجناسا اذا دخلت فى تحريم الربا وهـذا الاعتراض يظهر جوابه مما تقدم واللحمان ـ بضم اللام ـ وهل هو جمع أواسم جمع كلام ابن سيده فى المحكم يقتضى انه جمع فانه قال اللحم واللحم لغتان والجمع ألحم ولحوم ولحام ولحمان •

(فصل) فى ذكر مذاهب العلماء في هذا المسألة • قد تقدم ذكر مذهبنا ومذهب أبي حنيفة أنها أجناس كالصحيح وكذلك الاصح من مذهب أحمد ونقل ابن الصباغ عن احمد أن المشهور عنه أنها جنس واحد وفصلت المالـكية فقالوا لحوم ذوات الاربع من الانعام والوحش صنف ولحوم الطير كله صنف ولحوم ذوات الماء كلها صنف فهي عندهم ثلاثة أصناف وعند الحنابلة رواية قريبة من ذلك واعتبر المالـكية فى ذلك تقارب المنفعة والرجوع إلى العادة فعلى قول مالك رحمـه الله الابل

الحلول بيع ماله وقسم على اصحاب الديون الحالة ولا يدخر لأصحاب الديون المؤجلة شيء ولا يدام الحجر بعد القسمة لأصحاب الديون المؤجلة كما لايحجر بها ابتداء وهل يدخل فى البيع الامتعة المؤجلة الأثمان فيه وجهان (أصحهما) نعم كسائر أموال المفلس وليس لبائعها تعلق بها لأنه لامطالبة فى الحال وعلى هذا فان لم يتفق بيعها وقسمتها حتى حل الأجل ففى جواز الفسخ الآن وجهان (والثاني) أنها لاتباع فانها كالمرهونة بحقوق بائعها بل يتوقف إلى انقضاء الأجل فان انقضى والحجر باق ثبت حق الفسخ وان أطلق فـكذلك ولا حاجة إلى إعادة الحجر بل عزلها وانتظار حلول الأجل كابقاء الحجر بالاضافة إلى البيع ونقل الامام وجها آخر أنه لابد من اعادة الحجر ليثبت حق الفسخ وذكر أيضا تفريعـا على القول الأول وجهين فى أنه لو لم يكن عليه إلا ديون مؤجلة وطلب أصحابها الحجر هل يجابون (أحدهما) نعم فانهم يتوسلون به الى الحلول أو المطالبة (وأصحهما) لا لأن طلب الحجر فرع طلب الدين وعسر تخليصه فلا يتقدم عليه ويصح اعلام قوله في الـكتاب والديون المؤجلة لاحجر بها بالواو للوجه الأول (ورابعها) كون الديون زائدة علي قدر أمواله فان كانت متساوية والرجل كسوب ينفق

والبقر والغنم والوحوش كلها صنف واحد لايجوز من لحومها واحد باثنين والطير كلها صنف انسيها ووحشيها لايصلح من لحمها اثنان بواحد والحيتان كلها صنف واحد ولا بأس بلحم الحيتان بلحم البقر متفاضلا وقال أبو ثور إنها كلها جنس واحد كأحد قولى الشافعى *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ فان قلنا إن اللحم جنس واحد لم يجز بيع لحم شىء من الحيوان بلحم غيره متفاضلا وهل يدخل لحم السمك فى ذلك فيه وجهان وقال أبو اسحق يدخل فيها فلا يجوز بيعه بلحم شىء من الحيوان متفاضلا لان اسم اللحم يقع عليه والدليل عليه قوله تعالى (لتأكلوا منه لحما طريا) ومن أصحابنا

من كسبه فلا حجر وان ظهرت أمارات الافلاس بان لم يكن كسوبا وكان ينفق من ماله أو لم يف كسبه بنفقته فوجهان (أحدهما) يحجر عليه كيلا يضيع ماله في النفقة والديون إذا ساوت المال فستزيد عن قريب (والثاني) أنه لايحجر لان الوفاء حاصل وهم متمكنون من المطالبة فى الحال وهذا أصح عند العراقيين وذكر الامام أن المختار هو الأول ويجرى الوجهان فيما إذا كانت الديون أقل وكانت بحيث يغلب على الظن انتهاؤها إلى حد المساواة ومنه الى الزيادة لكثرة النفقة وهذه الصورة أولى بالمنع واذا حجرنا فى صورة المساواة فهل لمن وجد عين ماله عند المفلس الرجوع فيه وجهان (أصحهما) نعم لاطلاق الحديث (والثانى) لا لتمكنه من استيفاء الثمن بكماله وهل تدخل هذه الأعيان فى حساب أمواله وأثمانها فى حساب ديونه فيه وجهان (أصحهما) عند العراقيين الادخال وذكر فى التتمة أن الوجهين مبنيان علي الوجهين فى جواز الرجوع فى الصورة السابقة ان لم يثبت الرجوع أدخلت رجاء الوفاء وان أثبتناه فلا * والله أعلم

قال ﴿ ثم للحجر أربعة أحكام (الأول) منع كل تصرف مبتدأ يصادف المال الموجود عند ضرب الحجر كالعتق * والبيع * والرهن * والكتابة * ولا يخرج عتقه على عتق الراهن لان تنفيذه ابطال لما انشىء الحجر له * ثم لو فضل العبد المعتق أو المبيع بعد قضاء الدين ففى الحكم بنفوذه خلاف * فان قلنا ينفذ فليقض الدين من غيره ما أمكن * أما مالا يصادف المال كالنكاح والخلع * واستيفاء القصاص * وعفوه * واستلحاق النسب * ونفيه باللعان * واحتطابه * واتهابه * وقبوله الوصية فهى صحيحة * وكذا شراؤه على الاصح * وكذا اقراره * الا أن ما يتعلق منه بالمال يؤاخذ به بعد فك الحجر ولا يقبل على الغرماء * ولو أقر في عين المال أنه وديعة عنده أو غصب أو عارية ففيه قولان فى القديم * ومنه خرج قول أن الاقرار المرسل بالدين أيضاً يوجب قضاءه فى الحال من ماله اذلاتهمة فيه ﴾ *

من قال لايدخل فيه لحم السمك وهو المذهب لانه لايدخل فى اطلاق اسم اللحم ولهذا لو حلف لايأكل اللحم لم يحنث بأكل لحم السمك ﴾

﴿ الشرح ﴾ إذا قلنا إن اللحمان كلها جنس واحد فلحم الابل والبقر والغنم مع اختلاف أنواعها والوحوش كلها والطيور كلها جميع ذلك صنف واحد لافرق فيه بين الوحشى والاهلى لايجوز بيع شيء منه بآخر الا مثلا بمثل فلا يباع لحم العصفور بلحم الجمل الا سواء بسواء وكذلك بقيتها وهكذا تحرم البحريات بعضها مع بعض كلها جنس واحد وعلى هذا القول قال الفوراني بل أولى ولعل الاولوية التى ادعاها من جهة انه لم يثبت لاصولها حكم الاجناس المختلفة بخلاف لحمان البر فان أصولها ثبت لها حكم الاجناس المختلفة كما تقدم (وأما) السمك مع البريات ففيه وجهان حكاهما العراقيون والخراسانيون (أحدهما) وهو قول أبى اسحق المروزى والقاضى أبى حامد والقاضى أبى الطيب وابن الصباغ وهو الذى أورده فى التهذيب أنه من جنس سائر اللحوم وادعى القاضى أبو الطيب أنه الذى نص عليه الشافعى رحمه الله وأخذ ذلك من قوله فى الام الذى حكيته عنه قريبا ومن قال بهذا لزمه عندى أن يقول فى الحيتان ان اسم اللحم جامع واستدل القاضى أبو الطيب وغيره لهذا القول بقوله تعالى (ومن كل تأكلون لحما طريا) واستدل المصنف بالآية التى فى

عرفت أن من حكم الحجر منع المفلس من التصرف والمستحب للحاكم اذا حجر عليه أن يشهد عليه ليحذر الناس من معاملته ثم فى الضبط الذى ذكره صاحب الكتاب لما يمنع منه قيود (احدها) كون التصرف مصادفا للمال والتصرف ضربان انشاء و إقرار (الضرب الاول) الانشا آت وهى نوعان (أحدهما) مايصادف المال و ينقسم الى تحصيل كالاحتطاب والاتهاب وقبول الوصية ولايخفى أنه لايمنع منه لانه كامل الحال وغرض الحجر منعه مما يضر الغرماء لاغير والى تفويت فينظر ان تعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية صح فان فضل المال نفذ والا فلا وان كان غير ذلك فاما أن يكون مورده عين المال أو مافى الذمة (القسم الاول) يكون مورده عين المال كالبيع والهبة والرهن والاعتاق والكتابة وفيها قولان (أحدهما) أنها موقوفة فان فضل ماتصرف فيه عن الدين إما لارتفاع القيمة أو لابراء بعض المستحقين نفذناه والابان أنه كان لغوا ووجهه أنه محجور عليه لحق الغير فلا يلغى تصرفه كالمريض (وأصحهما) و به قال مالك واختاره المزنى أنه لايصح شيء منها لتعلق حق الغرماء بتلك الأموال كتعلق حق المرتهن وأيضا فانه محجور عليه بحكم الحاكم فلا يصح تصرفه على مراغمة مقصود الحجر كالسفيه وان شئت قلت هذه التصرفات غير نافذة فى الحال فان فضل ماتصرف فيه وانفك الحجر فهل ينفذ حينئذ فيه قولان وايراد صاحب الكتاب يوافق هذه العبارة وجعل الشيخ أبو محمد الخلاف فى هذه التصرفات

الـكتاب وهى أنص فى الاستدلال لانه أطلق فيها اللحم عليه بصراحة وأما قوله (ومن كل تأكلون) فأطلق فيها على مافى البر والبحر معا فجاز أن يكون للتغليب (والثانى) وهو قول أبي علي الطبرى واختيار الشيخ ابى حامد الاسفراينى والمصنف والمحاملى وقال انه المنصوص انها مستثناة من اللحوم و أنها معهاجنسان وقال الروياني إنه الأصح فى القياس وعن البندنيجى وسليم أنه المذهب لأن لها اسما أخص من اللحم وهو السمك وحمل الشيخ أبوحامد قول الشافعي المذكور على أنه الزم من قال اللحمان صنف أن يكون السمك منها على سبيل الانكار ولم يرتض أبو الطيب هذا وحمل قول الشافعي وهذا مالايجوزلاحدان يقوله على اثمر [1] قد تقدم قول الشافعي رضى الله عنه ذلك وأجاب أبو الطيب عن كون السمك أخص بأن اسم اللحم جامع بدليل الآية والراجح ماقاله الشيخ ابو حامد ومتابعوه ولادلالة لأبى الطيب من كلام الشافعي رضى الله عنه بل هو محتمل لذلك ولما قاله أبو حامد والجواب عن قول أبي الطيب عن اسم اللحم انه و إن كان جامعا لـكنه عند الاطلاق

(١) بياض بالاصل فحرر

على الترتيب فقال العتق أولى بالنفوذ لقبوله الوقف وتعلقه بالاقرار وتليه الـكتابة لما فيها من المعاوضة ثم البيع والهبة لأنهما لايقبلان التعليق واختلفوا فى محل القولين فمن قاصرين لهما على ماإذا اقتصر الحاكم علي الحجر ولم يجعل ماله لغرمائه حيث وجدوه فان فعل ذلك لم ينفذ تصرفه قولا واحدا واحتجوا بأن الشافعي رضى الله عنه قال اذا جعل ماله لغرمائه فلا زكاة عليه ومن طاردين لهما فى الحالتين وهو الاشهر قال هؤلاء وتجب الزكاة عليه على أظهر القولين مادام ملكه باقيا والنص محمول على ما اذا باعه منهم فان نفذناه بعد الحجر وجب تأخير ماتصرف فيه وقضاء الدين من غيره فلعله يفضل فان لم يفضل نقضنا من تصرفاته الاضعف فالاضعف والاضعف الرهن والهبة لخلوهما عن العوض ثم البيع ثم الكتابة ثم العتق قال الامام فلو لم يوجد راغب فى أموال المفلس إلا فى العبد المعتق وقال الغرماء بيعوه ونجزوا حقنا ففيه احتمال وغالب الظن أنهم يجابون وذكر الشيخ ابو اسحق رحمه الله أنه يحتمل أن ينقض من تصرفاته للآخر كما فى تبرعات المريض اذا زادت على الثلث واعلم أن ماذكرنا فى البيع مفروض فى بيعه من غير الغرماء فان باع منهم فسيأتى (القسم الثانى) مايرد على مافى الذمة كما اذا اشترى بثمن فى الذمة أو باع طعاما سلما فيصح و يثبت فى ذمته وسنتكلم فى أنه متي يؤدى و كيف يؤدى وروى الامام قولا آخر أنه لا يصح شراؤه كالسفيه والمذهب المشهور الاول (النوع الثانى) مالايصادف المال فلا يمنع منه وذلك كالنكاح والطلاق والـكلام فى أن مؤنات نكاحه كيف توفى نذكرذلك فى موضعه واذا صح منه الطلاق مجانا صح الخلع منه بطريق الاولى و كذا يصح منه استيفاء القصاص والعفو عنه واستلحاق النسب ونفيه باللعان والقول فى استيفائه القصاص وعفوه عنه معاد فى كتاب القصاص (الضرب الثانى) الاقرار فان أقر بمال لم يخل إما أن يقر بمال فى الذمة أو بعين مال ان كان الاول نظر ان أقر بدين لزمه قبل الحجر اما عن معاملة أو دين أو اتلاف لزمه

يتبادر الذهن منه الى ماسوى لحم السمك والآية فيها قرينة تبين إرادته وهو قوله (لتأكلوا منه) أى من البحر فلم تتناوله مطلقا ومما يبين أن اسم اللحم عند الاطلاق لاينصرف الى السمك أنه لو حلف لايأكل اللحم لم يحنث بأكل لحم السمك كذا قال الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهما وهو الصحيح المشهور وفيه وجه عن بعض الخراسانيين ولو كان يدخل فى مطلقه لحنث به فاما أن يقول إن صدق اللحم على لحم السمك بطريق المجاز و إما أن يقول إنه عند الاطلاق يتقيد بما عدا السمك ولا يستبعد أن يكون إطلاق الشيء يدل على ماهو أخص من حقيقته كالماء المطلق يختص ببعض مايسمي ماء والله أعلم واحتج الاصحاب أيضا بان السمك لايضاف لحمه اليه فلا يقال لحم سمك وانما يقال سمك فلا ينطلق عليه اسم اللحم ولو كان من اللحمان لصح أن يضاف باسم الحم الى جنسه فيقال لحم السمك كما يقال لحم الغنم فلما لم يصح أن يقال ذلك ثبت أنه ليس من جهة اللحمان قال الماوردي فعلي هذا الوجه يكون اللحمان كلهما صنفين فلحوم حيوان البر على اختلافها صنف واحد ولحوم حيتان البحر على اختلافها

ما أقر به وفى قبوله فى حق الغرماء قولان (وجه) عدم القبول و به قال مالك ان حقهم تعلق بماله من المال وفى القبول إضرار بهم لمزاحمته إياهم (ووجه) القبول وهو الاصح القياس علي ماإذا ثبت بالبينة وعلى ماإذا أقر المريض بدين يزاحم المقر له غرماء الصحة وهذا لأن ضرر الاقرار فى حقه أكثر منه فى حق الغرماء فلا تهمة فيه * وان أسنده الى مابعد الحجر نظر إن قال عن معاملة لم يقبل فى حق الغرماء وان قال عن اتلاف أو عن جناية فاصح الطريقين أنه كما لو أسند لزومه الى ماقبل الحجر (والثانى) أنه كما لو قال عن معاملة وان أقر بدين ولم يسنده فقياس المذهب التنزيل علي الاقل وجعله كما لو أسند لزومه الى مابعد الحجر * وان أقر بعين مال لغيره وقال غصبته أو استعرته أو أخذته سوما فقولان كالقولين فيما لو أقر بدين أسنده الى ماقبل الحجر لكن اذا قلنا ثم فأثره أن يزاحم المقر له الغرماء وههنا يسلم المقر له بحاله وعلى الثانى ان فضل سلم اليه والا فالغرم فى ذمته والفرق بين الانشاءات حيث رددناها فى الحال جزما وقلنا الأصح أنه لايحكم بنفوذها عند انفكاك الحجر أيضا و بين الاقارير حيث قبلناها فى حق المفلس جزما وفى حق الغرماء أيضا على أصح القولين أن مقصود الحجر منعه من التصرف فيناسبه الغاء ماينشئه والاقرار اخبار عما مضى والحجر لايسلب العبارة عنه فلو أقر بما يوجب عليه قصاصا أو حدا قبل وأجرى عليه حكمه فان كان المقر به سرقة توجب القطع قبل فى القطع وفى رد المسروق القولان السابقان والقبول ههنا أولى لبعد الاقرار عن التهمة واذا أقر بما يوجب القصاص فعفا المستحق على مال قال فى التهذيب هو كما لو أقر بدين جناية وقطع بعض شارحى المختصر بالقبول لانتفاء التهمة وهذا القائل ينبغي أن يطرد ماذكره في الصورة * الاولى

صنف واحد * واعلم أن كلام المصنف والاكثرين إنما فرضوه فى السمك مع حيوانات البر وفى البحر انواع من الحيونات فهل الخلاف المذكور جار فى جميعها أم كيف الحال فيها اما الفورانى فكلامه يقتضى تعميم ذلك الخلاف وان الوجهين فى لحمان البر ولحمان البحر مطلقا وكذلك الأمام وأما القاضى حسين فتوقف فقال فى السمك مع اللحم وجهان وأما حيوانات البحر فقد تقدم القول فيها اذا قلنا بان اللحوم جنس واحد واما على القول بأن حيوانات البر أجناس فلا شك فى أن حيونات البحر مخالفة لحيوانات البر وأما حيوانات البحر بعضها مع بعض ففيها خلاف وجهان أو قولان مبنيان كما قاله الفورانى وأفهمه كلام القاضى حسين والامام على أن اسم السمك والحوت هل يشمل الجميع حتى يحل أكل خنزير الماء وكلبه أولا (فان قلنا)ان اسم السمك والحوت شامل للجميع كانت كلها جنسا واحداً ذا أنواع (وان قلنا) إن اسم السمك والحوت لايشمل الجميع فالحوت مع مالا يسمى حوتا جنسان وما عدا الحوت أجناس أيضا فغنم الماء و بقره عند هذا القائل جنسان لايطلق على الكل اسم السمك فهى أجناس مختلفة وجماعة من الاصحاب منهم الرافعى أطلق الخلاف فى ذلك من غير بناء

(فرع) لو ادعى مدع على المفلس مالا لزمه قبل الحجر وأنكر المفلس ولم يحلف فحلف المدعى (ان قلنا) النكول ورد اليمين كالبينة زاحم الحالف الغرماء (وان قلنا) كالاقرار فعلى القولين ولنعد الى مايتعلق بلفظ الكتاب (قوله) ولايخرج عتقه على عتق الراهن الى آخره أراد به أن الخلاف المذكور فى نفوذ اعتاق الراهن فى الحال لايجيء ههنا لان الحجر لم ينشأ الا للمنع من تفويت المال والتنفيذ يعكر على مقصود الحجر بالابطال وفي الرهن المقصود الأصلى توثيق حق المرتهن فانه يحصل ببدل المرهون كما يحصل بعينه (وقوله) أما مالايصادف المال كالنكاح الى أن قال واحتطابه واتهابه وقبول الوصية ففيه كلام من جهة أن الاحتطاب والاتهاب وقبول الوصية يصادف المال لامحالة وكذا الشراء وليس تصحيحها لأنها لاتصادف المال بل لأنها تحصل الملك لا لإزالته وان قيل المراد أنها لاتصادف المال الموجود عند الحجر فهذا صحيح ولكن يصادفه المال الموجود عند الحجر حينئذ يصير قيدا واحدا وذلك خلاف ماذكره فى الوسيط وأورده ههنا وقوله فى مسألة الاقرار بالعين ففيه قولان فى القديم ومنه خرج قول فى أن الاقرار المرسل بالدين الذى يوجب قضاؤه فى الحال من ماله ادلا تهمة أراد به أن القولين جميعا مذكوران فى كتبه القديمة وان الاصحاب خرجوا فى الاقرار بالدين مثل ذلك اذ لافرق وهذا شيء قلد فيه إمام الحرمين فانه كذلك أورده ولم ينسب الجمهور القولين فى الاقرار بالعين الى القديم وأما الحكم بالتخريج فى الاقرار بالدين فعجيب مع نصه فى المختصر على القولين جميعا حيث قال وان أقر بدين وزعم أنه لزمه قبل الوقت ففيه قولان (أحدهما) أنه جائز كالمريض يدخل على غرمائه و به أقول (والثانى) أن اقراره لازم له فى مال ان حدث له أو يفضل عن غرمائه وقد

وهو أولى فان الاصح ان اسم السمك يقع على جميعها (والاصح) أنها أجناس كحيوانات البر كما هو ظاهر كلام الشافعي وفصل القاضي حسين فقال في السمك مع اللحم وجهان فأما سائر حيوانات البحر ان قلنا ان السمك مع حيوانات البر جنسان فسائر حيوانات البحر مع حيوانات البر أيضا جنسان بل أولى وان قلنا إن السمك مع حيوانات البر جنس واحد فهل ينبني على أن الكل هل يسمى سمكا أم لا وفيه قولان (ان قلنا) الكل يسمى سمكا فحكم الكل حكم السمك والا فهي أجناس مختلفة (قلت) والاصح على ماقاله صاحب التهذيب ان الكل يسمى سمكا فلذلك أتى المصنف وغيره بلفظ السمك لشموله للجميع والله أعلم * ثم فيما قاله القاضي حسين مناقشة وهي أن المدرك في استثناء السمك أنها اختصت باسم وهذا المعنى لايوجد في بقية حيوانات البحر فينبغي أن يقال ان قلنا السمك من جنس لحوم البر فبقية حيوانات البحر أولى (وان قلنا) السمك جنس آخر ففي بقية حيوانات البحر وجهان مبنيان على أن الكل يسمى سمكا أولا (إن قلنا) يسمى سمكا فحكمها حكم السمك فيكون جنساً آخر (وان قلنا) لا يسمى سمكا كانت من جنس اللحوم لعدم الاسم الخاص أعني أن لحمها ليس له اسم بخصوصه

تعرض للقولين في مسألة أخرى قبل هذه ومعلوم أن النص مغن عن التخريج (وقوله) الاقرار المرسل بالدين أي المطلق لا كالاقرار بالعين فانه يتعلق بعين ولو حذف لفظ المرسل لم يضر *

قال ﴿ والمال الذي يتجدد بعد الحجر هل يتعدي اليه الحجر فيه خلاف * ومن باع بعد الحجر منه شيئا ففي تعلقه بعين متاعه ثلاثة أوجه يفرق في الثالث بين أن يعلم إفلاسه أو يجهل * فان قلنا لايتعلق به فيصبر على وجه الى أن يقضي ثمنه بعد فك الحجر فانه دين جديد فلا يقضى من المال القديم كما يلزمه بضمان أو اقرار أو إتلاف * وعلى وجه يضارب به لأن ثمن المبيع في مقابلة ملك جديد استفيد منه * وأجرة الكيال والحمال ومايتعلق بمصلحة الحجر يقدم على سائر الديون ﴾ *

القيد الثاني كونه مصادفا للمال الموجود عند الحجر أما المتجدد بعد الحجر باصطياد أو اتهاب أو قبول وصية ففي تعدي الحجر اليه ومنعه من التصرف وجهان نقلهما القاضي ابن كج والامام (أحدهما) لايتعدى لأن الحجر على المفلس لقصر يده عن التصرف فيما عنده فلا يتعدى الى غيره كما ان حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة لايتعدى الى غيرها (وأصحهما) التعدي ومقصود الحجر إيصال حقوق المستحقين اليهم وهذا لايختص بالموجود عند الحجر واذا اشترى شيئا وفرعنا على الصحيح وهو صحة شرائه ففيه مثل هذا الخلاف وهل للبائع الخيار والتعلق بعين متاعه فيه ثلاثة أوجه (أحدها) نعم لتعذر الوصول الى الثمن (والثاني) لا أما اذا كان عالما فكما لو اشترى سلعة وهو عالم بعيبها وأما اذا كان جاهلا فلتقصيره بترك البحث مع سهولة الوقوف عليه فان الحاكم يشهر أمر المحجور عليه

فان

فان صح هذا الترتيب فيجيء في حيوانات البحر ثلاثة أوجه (أحدها) أنها من جنس اللحم مطلقا (والثاني) جنس آخر مطلقا (والثالث) ان غير السمك من جنس اللحم والسمك جنس آخر وهذه الثلاثة أوجه تفريع على أن اللحوم جنس واحد وحكم بيع اللحم باللحم على هذا القول سنذكره ان شاء الله تعالى في الفصل السادس بعد هذا الفصل *

﴿ فرع ﴾ عن التتمة على قول أبي اسحق * الجراد هل يكون من جنس اللحم فيه وجهان (أحدهما) نعم كالسمك (والثاني) لا لان اسم اللحم لا يطلق على الجراد وصورته ليست صورة اللحم واذا قلنا بقول أبي على في ان السمك لا يدخل في اللحم فالجراد هل يلحق بحيوان البحر لحل ميتتها ولانه نقل في الآثار أن أصله سمك فيه وجهان ولخص الرافعي ذلك * قال المصنف رحمه الله *

﴿ فان قلنا أن اللحوم أجناس جاز بيع لحم كل جنس من الحيوان بلحم جنس آخر متفاضلا فيجوز بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلا ولحم بقر الوحش بلحم بقر الاهل لانهما جنسان ولا يجوز بيع لحم الضأن بلحم المعز ولا لحم البقر بلحم الجواميس متفاضلا لانهما نوعان من جنس واحد ﴾ *

(وأصحهما) أنه ان كان عالما فلا خيار له وان كان جاهلا فله الخيار والرجوع الى عين ماله ويقرب من هذا ما اذا باع من عبد بغير اذن مولاه وفرعنا على صحة البيع من المفلس المحجور عليه هل يزاحم الغرماء بالثمن فيه وجهان فان الثمن يتعلق بذمته يباع به بعد العتق فان كان عالما ففي ثبوت الخيار وجهان وان كان جاهلا ثبت واذا لم يثبت له الرجوع في البيع من المفلس المحجور عليه فهل يزاحم الغرماء بالثمن فيه وجهان (أصحهما) لا لأنه حادث بعد الحجر برضا مستحقه والديون التي هذا شأنها لا يزاحم مستحقها الغرماء الاولين فعلى هذا يصبر ان فضل منهم شيء أخذه والا فالي أن يجد (والثاني) نعم لأنه وان كان دينا جديدا فهو في مقابلة ملك جديد فلما زاد المال جاز أن يزيد الدين بخلاف الصداق الذي لزمه بنكاح بعد الفلس ودين ضمنه فانه لا مقابل له *

﴿فائدة﴾ ذكر في النهاية والبسيط أن البائع يضارب الغرماء في المبيع المستفاد منه لا في جميع أموال المفلس لأن دينه ثبت مع ثبوت الملك فيه فلا أقل من المشاركة في هذا القدر * ثم انه امتزج مقصود الفصل في نظم الكتاب بالكلام في الديون الحادثة وكيفية أدائها وهي ثلاثة أقسام (أحدها) ما يلزم باختيار مستحقه فان كان في مقابلته شيء كثمن المبيع فقد ذكرناه والا فلا خلاف في أن مستحقه لا يضارب الغرماء بل يصبر الى انفكاك الحجر (والثاني) ما لزم بغير اختيار المستحق كأرش الجناية وغرامة الاتلاف فوجهان (أحدهما) ويحكى عن القاضي الحسين أنه لا يضارب به لتعلق حقوق الآدميين الاولين باعيان أمواله فصار كالوجني الراهن ولا مال له غير المرهون ولا يزاحم المجني عليه المرتهن (وأصحهما) ولم يورد العراقيون غيره أنه يضارب به لأنه لم يوجد منه تقصير فيبعد تكليفه الانتظار (الثالث) ما يتجدد بسبب مؤنات المال كأجرة الكيال والوزان والحمال والمنادي والدلال وكرى البيت الذي يوضع فيه المتاع فهذه المؤنات مقدمة على ديون الغرماء لأنها لمصلحة الحجر وايصال حقوق المستحقين اليهم

﴿ الشرح ﴾ اذا قلنا بان اللحوم أجناس فلا شك أن البحرى مع البرى جنسان وممن صرح به الرافعى فاما البرى مع البحرى فقد تقدم قول الشافعى رضى الله عنه أن لحم الغنم صنف ولحم الابل صنف الخ و بسط الأصحاب ذلك فقالوا الاهليات من حيوانات البر مع الوحشيات جنسان لكل من القسمين أجناس فلحوم الابل بانواعها جنس بخاتيها وعرابها وأرحبيها ونجديها ومهريها وسائر أنواعها جنس عرابها وجواميسها ودرنانيها هكذا رأيتها مضبوطة بخط سليم - بفتح الدال والراء المهملة والنون - والغنم الاهلية ضأنها وماعزها جنس والوحوش أجناس فالظباء جنس ماتأنس منها وماتوحش قاله الشيخ أبو حامد و بقر الوحش صنف قاله الشيخ أبو حامد والمصنف والمحاملي والماوردي وابن الصباغ لأن الاسم لاينصرف اليها عند الاطلاق ولايضم اليها فى الزكاة وسيأتى فيه وجه أنها جنسان والضباع جنس والارانب جنس والثعالب جنس واليرابيع جنس والوحشى من الغنم جنس غير الغنم الانسى نص عليه الشافعى رحمه الله والقاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ وقالا إن الوحشى من الغنم هو الظباء والحمر الوحشية صنف قاله ابن الصباغ قال المحاملى وغيره وليس فى الابل وحشى وفى الظباء مع الابل - بالياء المثناة من تحت - تردد للشيخ أبي محمد و يستقر جوابه على أنهما كالضأن والمعز وفى التتمة أيضا حكاية وجه أن الظباء والابل تلحق بالغنم لانها تقرب منه والتفاوت الذى بين الظباء والمعز ليس باكثر من التفاوت بين الضأن والمعز وطرد ذلك فى البقر الوحشى مع الانسى وهذا موافق مذكورا فى الايمان عن صاحب التهذيب أن الحالف على لحم البقر لايحنث بالوحشى و بناه علي أنه هل يجعل جنسا فى الربا وهذا هو الوجه الذى وعدت بذكره قريبا والطيور أصناف الكراكي صنف والاوز صنف والعصافير على اختلاف أنواعها

ولو لم تقدمها لما رغب أحد فى تلك الاعمال وهذا اذا لم يوجد متبرع فان وجد أو كان فى بيت المال سعة لم يصرف مال المفلس اليها (وقوله) فى الكتاب كما يلزم بضمان أو إقرار أو اتلاف هذا فى الاقرار جواب علي عدم القبول فى حق الغرماء وفى الاتلاف على الأول من الوجهين المذكورين فى غرامات المتلفات وقدم أن الأصح عند الأكثرين فى المسألتين خلاف ما أجاب به فاعلمهما - بالواو - واعلم مافيهما ثم فى اضافة اللزوم إلى الاقرار نوع تساهل لأن الاقرار اخبار ولا يلزم وانما يظهر *

قال ﴿ ولو اشترى شيئا قبل الحجر فله رده بالعيب على وفق الغبطة * فان كانت الغبطة فى ابقائه فلا كما فى ولى الطفل * ولو حجر عليه فى مدة الخيار فله التصرف بالفسخ والاجازة فى العقد المتقدم من غير تقييد (و) بشرط الغبطة لأن الأمر فيه لم يستقر بعد فليس تصرفا مبتدأ ﴾ *

القيد الثالث كون التصرف مبتدأ وفيه مسألتان (احداهما) لو اشترى قبل الحجر شيئا فوجده بعد الحجر معيبا فله رده إذا كانت الغبطة فى الرد وليس ذلك كما لو باع وهو مغبوط لأن الفسخ

فاما لحم اللبح (١) فجنس واحد لحم العد فو لأنه لايسمى عصفورا وقاله القاضي حسين صنف والبطوط صنف والفواخت صنف والدجاج صنف قال الشيخ أبو حامد قال الربيع والحمام صنف والحمام كل ماعب وهدر قال الشيخ أبو حامد والذى عندى القول بان الفواخت جنس والقمارى جنس والدباسى جنس وقال الروياني إن الذى اختاره الشيخ ابوحامد اختيار جماعة أصحابنا وقد أطلق جماعة حكاية الخلاف فى ذلك عن الربيع كما أشار اليه الشيخ أبو حامد منهم الرافعى قال وعن الربيع أن الحمام بالمعنى المتقدم فى الحج وهو كل ماعب وهدر جنس قال الرافعى فيدخل فيه القمرى والدبسى والفاخت وهذا اختيار جماعة منهم الامام وصاحب التهذيب قال الرافعى واستبعد أصحابنا العراقيون وجعل كل واحد منهما جنسا برأسه (قلت) والذى رأيته فى الأم فى باب بيع الآجال قال الربيع ومن زعم أن اليمام من الحمام فلا يجوز لحم اليمام بلحم الحمام متفاضلا ولا يجوز الا مثلا بمثل اذا انتهى تبينه وان كان من غير الحمام فلا بأس به متفاضلا وهذا ليس فيه جزم من الربيع بان اليمام من جنس الحمام لكنه لما ثبت فى الحج أن اليمام والقمرى والفاخت والدبسى والقطا كلها داخلة فى اسم الحمام وقد قال الربيع هنا ان من زعم أن اليمام من الحمام فلا يجوز متفاضلا اقتضى مجموع هذين أن اليمام بالحمام لايجوز متفاضلا فيكون كذا ولكن لابد فى ذلك من أن يكون الربيع موافقاً على ماذكر فى الحج حتى ينسب اليه والاصحاب ذكروا ذلك فى الحج ولم يذكروا عن الربيع فيه شيئا موافقة ولا مخالفة وكلام الربيع الآن فيما يحضرنى هنا يقتضى ثبوت خلاف فى دخول اليمام تحت اسم الحمام ولم يذكر عن نفسه اختيارا فى ذلك واستبعاد أصحابنا العراقيين ذلك فيه نظر فانه اذا ثبت دخولها فى اسم الحمام فى الحج

(١) كذا بالاصل فحرر

ليس تصرفا مبتدأ وانما هو من أحكام البيع السابق ولواحقه والحجر لاينعطف على مامضى فان منع من الرد عيب حادث لزم الأرش ولم يملك المفلس اسقاطه وان كانت الغبطة فى ابقائه بان كان معيباً أكثر قيمة من الثمن لم يكن له الرد لما فيه من تفويت المال بغير عوض ولهذا نص الشافعى رضى الله عنه على أنه إذا اشترى فى صحته شيئا ثم مرض ووجده معيبا فامسكه والغبطة فى رده كان المقدار الذى ينقصه العيب معتبراً من الثلث وكذلك ولى الطفل إذا وجد ماشتراه للطفل معيباً لا يرده إذا كانت الغبطة فى ابقائه ولا يثبت له الأرش فى هذه الصورة لأن الرد غير ممتنع فى نفسه وانما المصلحة تقتضى الامتناع (الثانية) قال الشافعى رضى الله عنه لو تبايعا بالخيار ثلاثا فافلسا أو أحدهما فلكل واحد منهما إجازة البيع ورده دون الغرماء أى دون رضاهم وللاصحاب ثلاثة طرق (أظهرها) الأخذ بظاهر النص وتجويز الفسخ والاجازة فى الفسخ المتقدم سواء وقع على وفق الغبطة أو على خلافها لأنه ليس بتصرف مستحدث وانما يمنع المفلس من التصرفات المنشأة (والثانى) أن تجويز

كانت من جنسه ولايضر كونها لها اسما خاصا كالجواميس مع البقر فلا جرم ذهب الامام وصاحب التهذيب الى ذلك وهو قوى قال الماوردى وهكذا كل جنس من الطيور لحوم جنسها صنف ونقل الشيخ أبو حامد وابن الصباغ عن الربيع أنه قال ماعب وهدر جنس واحد واللفظ لابن الصباغ قال ابن الصباغ وهذا بعيد لأن ماانفرد باسم وصفة وجب أن يكون صنفا وفي الام قال الربيع ومن زعم أن اليمام من الحمام فلايجوز لحم اليمام بلحم الحمام متفاضلا وان كان من غير حمام فلا بأس به متفاضلا وفى المجرد حكاية الوجهين عن المروزي وأن الشيخ يعني أبا حامد قال هى أصناف قولا واحدا وهكذا السموك أجناس قال الرافعى في غنم الماء و بقره وكذا بعضها مع بعض قولان (أصحها) أنها أجناس كحيوانات البر (قلت) وهذا المنصوص عليه قال الشافعى فى الام فى باب ماجاء فى بيع اللحم فى التفريع على القول بأن اللحوم أجناس «ولا بأس بلحم ظبي بلحم أرنب رطبا برطب ويابسا بيابس مثلا بمثل أو بأكثر وزنا بجزاف وجزافا بجزاف لاختلاف الصنفين وهكذا الحيتان كله لايجوز أن أقول هو صنف لانه ساكن الماء ولو زعمت أن ساكن الارض كله صنف وحشيه وانسيه وكان أقل مايلزمني أن أقول ذلك فى وحشيه لانه يلزمه اسم الصيد فاذا اختلف الحوتان فكل ماتملكته ويصير لك فلا بأس برطل من أحدهما بأرطال من آخر يدا بيد ولا خير فيه نسيئة ولا بأس به يدا بيد وجزافا بجزاف وجزافا بوزن» هذا كلام الشافعى بلفظه قال القاضى أبو الطيب فى الحيتان كل مااختص باسم وصفة فهو صنف وقال الرافعى وفى غنم الماء وبقره وغيرهما من السموك وكذا بعضها من بعض قولان (أصحها) أنها أجناس

كل واحد منهما مقيد بشرط الغبطة كما فى الرد بالعيب وذكر القاضى ابن كج والمسعودي أنه تخريج من نصه فيمن عقد بشرط الخيار ثم مرض مرضا مخوفا فاجاز أو فسخ على خلاف الغبطة يعتبر ذلك من الثلث وان فى تلك الصورة تخريجا مما نحن فيه أيضاً وتحكى هذه الطريقة عن أبى علي الطبرى وابن القطان ومن نصر الأول فرق بين الرد بالعيب و بين الفسخ والاجازة بان العقد فى زمن الخيار متزلزل لاثبات له فلا يتعلق حق الغرماء بالمال اذ يضعف تعلقه به بخلاف ما إذا خرج معيبا واذا ضعف التعلق جاز أن لايعتبر شرط الغبطة والفرق بينه و بين مسألة المريض أن حجر المريض أقوى ألا ترى أن امضاء الورثة تصرف المريض قبل الموت لايفيد شيئاً وامضاء الغرماء واذنهم فيما يفعله المفلس يفيده الصحة والاعتبار (والثالث) أن كل واحد منهما ان وقع على وفق الغبطة فهو صحيح والا فالنظر الى الخلاف فى الملك فى زمن الخيار والى أن الذى أفلس أيهما فان أفلس المشترى وقلنا الملك للبائع فللمشترى الاجازة والفسخ اما الاجازة فلانها جلب ملك (وأما) الفسخ فلا يمنع دخول شيء فى ملكه الا انه يزيل ملكا (وان قلنا) الملك للمشترى فله الاجازة لأنه يستديم

كحيوانات البر وكذلك الماوردى حكى فى لحوم الحيتان على القول بأن اللحوم أجناس وجهين (أحدهما) أن جميعها صنف قال وهذا قول من يزعم أنه لايؤكل من حيوان البحر إلا حيتانه (والثانى) أنها أصناف قال وهو قول من يزعم أن حيوان البحر كله مأكول حيتانه ودوابه ومافيه من كلب وغيره فعلى هذا يكون السمك كله صنفا واحدا والنتاج صنفا وكلما اختص باسم يخالف غيره صنفا (قلت) وكلام الشافعى رضى الله عنه المتقدم الآن صريح فى أن الحوتين قد يختلفان فيكونان جنسين فهو يرد ماقاله والله أعلم * وكذلك قال الشافعى فى باب بيع الآجال من الام «اذا اختلفت أجناس الحيتان فلا بأس ببعضها ببعض متفاضلا وكذلك لحم الطير اذا اختلفت أجناسها» هذا لفظ الشافعى بحروفه وهو صريح فى ذلك ولم يذكره تفريعا على قول بل أطلقه والله أعلم * واذا عرف ذلك قال الشافعي رحمه الله والأصحاب اذا قلنا اللحوم أجناس فباع جنسا بجنس آخر فجاز البيع سواء كانا رطبين أم يابسين أم رطبا ويابسا وزنا وجزافا متفاضلا ومتماثلا اذا كان نقدا يدا بيد كالقمح والشعير وانما جعل بقر الوحش جنسا مخالفا للبقر لأنه لايفهم من لفظ البقر عند الاطلاق فكان كالتمر الهندي مع التمر وزيت الفجل مع الزيت وكذلك غنم الوحش مع الاهل وانما كانت الظباء جنسا وحشيها وماتأنس منها لأن الاسم الصادق عليهما واحد (والضمير) فى قول المصنف لأنهما جنسان الاولى أن يكون عائدا الى بقر الوحش و بقر الاهل ونبه على ذلك لأنه قد يخفي (أما) البقر والغنم فذلك ممالايخفى على القول الذى عليه نفرع والضأن والمعز نوعان لجنس واحد قال المتولى ان

الشيء في ملكه وان فسخ لم يجز لما فيه من ازالة الملك فان أفلس البائع فان قلنا الملك له فله الفسخ لأنه يستديم الملك وليس له الاجازة لأنه يزيله وان قلنا الملك للمشترى فللبائع الفسخ والاجازة كما ذكرنا في طرف المشترى * واعلم أنه لو خرج مخرج من نصه فى المسألة الثانية خلافا فى المسألة الأولى وقال لايتقيد الرد بالعيب بشرط الغبطة لأنه ليس بعقد محدث لم يكن بعيدا *

قال ﴿ واذا كان له دين وله شاهد واحد فيحلف * وكذا إذ ردت عليه اليمين * فان نكل فالنص أن الغريم لايحلف والمفلس حي * فلو كان ميتاً فقولان منصوصان * فمنهم من سوى ومنهم من فرق بان صاحب الحق قائم فنكوله يوهم أمراً ﴾*

من مات وعليه دين فادعى وارثه ديناً له على رجل وأقام عليه شاهدا وحلف معه ثبت الحق وجعل فى سائر تركاته وان لم يحلف معه أو لم يكن شاهد أونكل المدعى عليه عن اليمين ولم يحلف الوارث اليمين المردودة فهل يحلف الغرماء فيه قولان (القديم) نعم لانه ذو حق فى التركة فاشبه الوارث (والجديد) لا لان حقه فيما يثبت للميت أما اثباته للميت فليس اليه ولهذا لو أوصى لانسان بشيء فمات

ذلك لا خلاف فيه وكذلك البقر العراب والجواميس فكذلك لم يجز التفاضل بينهما وقد يستشكل من جهة أن الجواميس اختصت باسم لا يشاركها فيه غيرها فكانت كالسمك مع اللحم (وأما) الضأن والمعز فالظاهر أنهما صنفان لنوعي الغنم لا اسما فاسمها المعقلي والبرني وفي النفيس من الجواميس وان سلمنا صدق البقر عليها فذلك كصدق الدهن على الزيت قال الماوردي ولا فرق بين المعلوف والراعي ولا بين المهزول والسمين ﴿ تنبيه ﴾ إطلاق كثير من الاصحاب على عبارتهم أن السمك مع اللحم اذا قلنا بأن اللحوم أجناس جنسان وعبارة بعضهم ومنهم الرافعي لحوم حيوانات البحر وبين العبارتين فرق فان الكلام في لحمهما أما السمكة الكاملة ففي بيعها باللحم حية وميتة كلام نذكره في بيع اللحم بالحيوان ان شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ ينبغي أن يكون هذا الفرع تفريعا على أن اللحوم جنس واحد* هل الجراد من جنس اللحوم فيه وجهان (إن قلنا) نعم فهو من البريات أو البحريات فيه وجهان قاله الروياني والرافعي فاجتمع فيه ثلاثة أوجه قال في الروضة (أصحها) أنه ليس من جنس اللحوم واستدل الروياني بكونه من البحريات لكونه نقل في الآثار أن أصله سمك ولهذا حلت ميتته والوجه الآخر بأنه حيوان بري يلزم الجزاء على المحرم بقتله *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ واللحم الأحمر واللحم الابيض جنس واحد لان الجميع لحم واللحم والشحم جنسان واللحم والالية جنسان والشحم والالية جنسان واللحم والكبد جنسان والكبد والشحم جنسان واللحم والكلية جنسان لانها مختلفة الاسم والخلقة ﴾*

﴿ الشرح ﴾ الكلام في هذا الفصل في اللحم الذي تختلف صفته وفي أعضاء الحيوان الواحد (فأما) اللحم المختلف الصفة فانه لا أثر لاختلاف الصفة فيه قال الشيخ أبو حامد لا خلاف على القولين

قبل القبول أولم يقبله وارثه لم يكن للغريم القبول ولو ادعى المفلس المحجور عليه دينا والتصوير كما ذكرنا ففي حلف الغرماء طريقان (أحدهما) طرد القولين (والثاني) القطع بالمنع والفرق من وجهين (أحدهما) أن الحق للمفلس فامتناعه عن اليمين يورث ريبة ظاهرة وفي الصورة الاولى لم يبق صاحب الحق وانما يحلف الوارث بناء على معرفته بشأن الموروث وقد يكون الغرماء أعرف به (والثاني) أن غرماء الميت أيسون عن حلفه فمكنوا من اليمين كيلا يضيع الحق وغرماء الحي غير آيسين عن حلفه قال الامام والطريقة الثانية أصح وحكى عن شيخه طرد الخلاف في ابتداء الدعوى من الغرماء ونقل بعضهم مسألة عن القفال وعن الأكثرين القطع بمنع الدعوى ابتداء وتخصيص الخلاف باليمين بعد دعوى الوارث في الصورة الاولى والمفلس في الثانية ولا فرق بين أن يكون المدعى عينا أو دينا قال

أن اللحم الابيض السمين واللحم الاحمر جنس واحد يعني (ان قلنا) ان اللحم جنس واحد فذلك جنس واحد سواء كان من حيوان واحد أم من حيوانين (وان قلنا) انها جنسان فاذا انقسم لحم الجنس الواحد الى أبيض وأحمر كان جنسا ولا أثر للاختلاف فى هذا الوصف أما اذا كان الابيض من جنس والاحمر من جنس آخر فلاشك أنهما جنسان على القول بأن اللحوم أجناس لاختلاف أصليهما وصفتيهما وقد أطبق الاصحاب على أن اللحم الاحمر والابيض جنس وسنذكر خلافا عن الماوردى فى أن ماحمله الظهر من جنس الشحم أولا ومقتضى قول من يجعله من جنس الشحم أن يقول بأنه مخالف للحم وذلك اختلاف فى حقيقته هل هو لحم أبيض أو شحم مع الاتفاق على حكم التسمية (وأما) أعضاء الحيوان الواحد كالكرش والكبد والطحال والقلب والرئة ففيها طريقان (أشهرهما) أنا اذا قلنا اللحوم أجناس فهذه أولى لاختلاف أسمائها وصفاتها (وان قلنا) انها جنس واحد فوجهان لان من حلف أن لا يأكل اللحم لايحنث بأكل هذه الاشياء على الصحيح وهذا كالخلاف فى أن لحم السمك أجناس أو هو جنس كسائر اللحم هكذا عبر الرافعى عن هذه الطريقة وعبر الامام عنها بأنا ان قلنا اللحوم جنس واحد فكل ماحنث به الحالف على الامتناع من أكل اللحم فهو من جنس اللحمان وفيما لا حنث بأكله

القاضى ابن كج وفرع على قولنا ان الغرماء يحلفون فرعين (أحدهما) أنه لو حلف بعضهم دون بعض استحق الحالفون بالقسط كما لو حلف بعض الورثة لدين الميت (والثانى) لو حلفوا ثم أبرؤا عن ديونهم فالمحلوف عليه يكون لهم ويلغو الابراء ويكون للمفلس أو يبقى على المدعى عليه ولا يستوفى أصلا فيه ثلاثة أوجه *

قال ﴿ ولو أراد سفرا فلمن له دين حال منعه * وليس لمن له دين مؤجل منعه * ولا طلب الكفيل ولا طلب الاشهاد (و) ﴾ *

من عليه الدين إذا أراد أن يسافر نظر ان كان الدين حالا فلصاحبه منعه حتى يقضى حقه قال الائمة وليس هذا منعاً من السفر كما يمنع السيد العبد والزوج الزوجة ولكن يشغله عن السفر برفعه الى مجلس الحكم ومطالبته حتى يوفى الحق وان كان مؤجلا نظر ان لم يكن السفر مخوفا فلا منع اذ لا مطالبة وليس له طلب رهن ولا كفيل أيضاً وهو المضيع لحق نفسه حيث رضى بالتأجيل من غير رهن ولا كفيل وليس له أن يكلفه الاشهاد أيضا ولا فرق بين أن يكون حلول الاجل قريبا أو بعيدا فان أراد أن يسافر معه ليطالبه عند حلوله فله ذلك بشرط أن لا يلازمه ملازمة الرقيب وقال مالك إذا علم حلول الاجل قبل رجوعه فله أن يطالبه بكفيل وعن صاحب التقريب نقل وجه أن له طلب الاشهاد لان المستحق يتوثق به ولا ضرر فيه على المديون وان كان السفر مخوفا كالجهاد

وجهان كالوجهين فى اللحم الذى مع لحوم الحيتان والكلامان راجعان الى معني واحد فالرافعى كأنه بنى كلامه على أن الحالف على اللحم لايحنث بهذه وحكى الخلاف مع ذلك ورجع الى ماقاله وان شئت جعلت الخلاف مرتبا فتقول (إن قلنا) إنها جنس فان قلنا يحنث الحالف على اللحم بها فهى جنس (وان قلنا) لايحنث ففى المجانسة وجهان كالسمك مع اللحم والطريقة الثانية وكلام المصنف أقرب الى الطريقة الاولى مع عدم حكاية الخلاف فكأنه جزم بالاختلاف على القولين أو رجح القول بالاختلاف فى هذه على القول بأن اللحوم جنس واحد ولو تحقق من المصنف الجزم بذلك كان ذلك طريقة ثالثة فى المسألة وهو الجزم بأنها أجناس على القولين والطريقة الثانية عن القفال قال الامام وهذه الطريقة رديئة لم أرها إلا لشيخنا حكاها عن القفال قال فلا أعدها من المذهب

وركوب البحر ففيه وجوه (أصحها) أنه لامنع أيضا اذ لامطالبة فى الحال (والثانى) ويحكى عن أبي سعيد الاصطخرى أنه يمنعه إلى أن يؤدى الحق أو يعطى كفيلا لانه فى هذا السفر يعرض نفسه للهلاك فيضيع حقه (والثالث) ان لم يخلف وفاء منعه وان خلفه فلا اعتمادا على حصول الحق منه وفى سفر الجهاد وجه آخر ان المديون ان كان من غير المرتزقة منع وان كان منهم لايمنع لان وجوه معايشهم وأكسابهم منه * واعلم أن القاضى الرويانى اختار مذهب مالك فقال له المطالبة بالكفيل فى السفر المخوف وفى السفر البعيد عند قرب الحلول فى هذا الزمان لفساد الطرق وانقطاع القوافل وعجز الحكام عن استيفاء الحقوق بالكتب الحكمية و إن شئت فأعلم قوله ولا طلب الكفيل مع الميم ـ بالواو ـ *

قال ﴿ الحكم الثانى فى بيع ماله وقسمته وعلى القاضى أن يبادر اليه كيلا تطول مدة الحجر * ويقسم على نسبة الديون * ويبيع بحضرة المفلس * ولا يسلم مبيعاً قبل قبض الثمن * ولايكلف الغرماء حجة على أن لاغريم لهسواهم * ويعول على أنه لو كان لظهر مع استفاضة الحجر * فان ظهر بعد القسمة فلا تنقض القسمة بل يرجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب * ولو خرج المبيع مستحقا فكذلك يرجع على كل واحد بجزء من الثمن * فان كان قد بيع فى حالة الفلس فيرد تمام الثمن * أو يضارب فيه خلاف * ووجه الا كمال أنه من مصالح الحجر ﴾ *

هذا الحكم الثانى وان كان ثابتا فى حق المفلس المحجور عليه ولكن لااختصاص له بالمحجور بل كما يبيع الحاكم مال المفلس المحجور ويقسمه بين الغرماء فكذلك غيره من المديونين اذا امتنع من قضاء الدين وبيع المال فيه يبيع الحاكم ماله ويقسمه بين الغرماء وعند أبى حنيفة لايبيع الحاكم ماله بل يحبسه حتي يبيع وسلم أن يصرف أحد النقدين فى الآخر * لنا القياس على ماسلمه وأيضاحديث معاذ

أما ان جعلنا اللحوم جنسا واحدا فهذه الاشياء مجانسة لها وان جعلناها أجناسا فوجهان لاتحاد الحيوان وصار كلحم الظهر مع شحمه قال الشافعي وكيفما قرر فظاهر المذهب ماقاله المصنف فنذكر الاعضاء كما ذكرها المصنف مفصلة وما ذكره معها مما يشبه الاعضاء وان كان لايسمى عضوا ونتكلم في ذلك على ترتيبه أما اللحم والشحم فجنسان سواء كانا من حيوان واحد أو من حيوانين مختلفي الجنس وان قلنا اللحوم جنس واحد لاختلاف اسميهما فان لكل منهما اسما يخصه ومع اختلاف الاسم الخاص لا أثر لاتحاد الجنس المأخوذ منه أواختلافه وهذا لا خلاف فيه أيضا على مااقتضاه كلام الشيخ أبي حامد وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ إنه نص عليه في رواية حرملة قال هو والمحاملي وابن الصباغ وأراد به الشحم الذي في الجوف فاما الذي على جنب البهيمة فالظاهر أنه لحم أبيض وليس بشحم وممن جزم به من الخراسانيين أيضا القاضي حسين واعلم أن الكلام في شحم الظهر والجنب شيء واحد والاصح أنهما من جنس اللحم لاحتكارها عند الهزال وقيل من جنس الشحم لقوله تعالى (حرمنا عليهم شحومهما) الاماحملت ظهورهما وأما شحم البطن فعائد للحم بلا خلاف وشحم العين جزم الشافعي رحمه الله في أول كلامه في الايمان بأنه كشحم البطن ثم حكى فيه وجهين في آخر كلامه قال صاحب التهذيب ويجوز بيع شحم البطن بشحم الظهر ولحمه متفاضلا وجزافا ورطبا ويابسا لانهما جنسان وتابعه الرافعي على ذلك وجزم في الربا بكونهما جنسين ولك أن تقول يتعين أنهما جنس واحد وهو الخلاف الذي تقدم وسيأتي عن الماوردي وذكروا وجها في الايمان عن أبي زيد أن الحالف إن كان عربيا فشحم الظهر شحم في حقه لأنهم يعدونه شحما وان كان عجميا فهو لحم في حقه وهذا الوجه لايظهر جريانه في الربا لان الجنسية في الربا ليست راجعة إلى فهم المتعاقدين والله أعلم * وكذلك

رضي الله عنه الذي قدمناه وروى أن عمر رضي الله عنه خطب الناس وقال «ألا أن الاسيفع أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يقال سبق الحاج فادان معترضا فأصبح وقد رين به فمن كان له عليه دين فليحضر فانا بايعوا ماله وقاسموه بين غرمائه هذا رجل من جهينة ذكر أنه كان يشترى الرواحل ويسرع السير فيسبق الحاج فأفلس» (١) (وقوله) أدان أي استقرض (وقوله) معترضا أي اعترض الناس فاستدان ممن أمكنه (وقوله) رين أي وقع فيما لايستطيع الخروج منه قال أبو عبيد كما غلبك فقد ران بك وران * اذا تقرر ذلك فاذا حجر الحاكم على المفلس فالمستحب أن يبادر الى بيع ماله وقسمته حتى لاتطول مدة الحجر ولا يفرط في الاستعجال كيلا يطمع فيه بثمن بخس ويستحب أن يبيع بحضرة المفلس أو وكيله لانه أنفى للتهمة وأطيب لقلب المفلس والمشترين وليخبر بصفات المتاع وانه بكم اشتراه فتكون الرغبة فيه أكثر وليطلع علي عيب ان كان به ليباع على وجه لايرد

---

(١) ﴿ حديث ﴾ عمر في اسيفع جهينة يأتي قريبا *

اللحم والالية جنسان على الصحيح من المذهب ونقله المحاملى عن الاصحاب وهو الذى أورده الصيمرى وصاحب التهذيب وعلل القاضى حسين الوجه الآخر بأن الالية لحم إلا أنه سمين فأشبه لحم الظهر ولحم الجنب وهذا ضعيف والشحم والالية جنسان جزم به فى التهذيب وقال الجرجانى فى الشافى فى إنه لاخلاف فى ذلك وقال القاضى حسين إن الخلاف فيها كاللحم والالية ونقل صاحب الذخائر بعد ماحكى قول الاصحاب في الالية مع اللحم والشحم احتمال الامام عن أبى بكر الشاشى أنه حكى طريقين فى الالية مع اللحم والشحم (أحدهما) أنه على الوجهين المذكورين (والثانى) أنها من اللحم قولا واحدا والاصح على ماذكره الرافعى فى الايمان أن الالية ليست بلحم ولاشحم وقيل لحم وقيل شحم (أما) الشحوم وحدها هل هى أجناس أو جنس واحد فيها قولان كاللحوم قاله الماوردى قال ولكن هل

وكذلك يفعل اذا باع المرهون و يستحب أيضا إحضار مستحقي الدين و يقدم بيع المرهون فى حق المرتهن ان كان فى ماله مرهون و يبيع العبد الجانى فى حق المجني عليه ليعجل حقهما فان فضل شيء كان مع سائر أمواله للغرماء وان بقي من دين المرتهن شيء ضرب به سائر الغرماء و يبيع من ماله أولا مايخاف عليه الفساد كيلا يضيع ثم الحيوان لحاجته الى النفقة وكونه عرضة للهلاك ثم سائر المنقولات ثم العقارات وانما يؤخرها لانه لايخشي عليها الهلاك والسرقة و يشهر بيعها فيظهر الراغبون و يبيع كل شيء فى سوقه فان طالبيه في سوقه أكثر و يجب أن يبيع بثمن المثل من نقد البلد حالا ثم ان كانت الديون من غير جنس ذلك النقد ولم يرض المستحقون إلا بجنس حقهم صرفه الى جنس حقهم والا جاز صرفه اليهم إلا أن يكون سلما ولايسلم المبيع قبل قبض الثمن نص عليه الشافعى رضى الله عنه وقد ذكرنا فيما اذا تنازع المتبايعان فى البداءة بالتسليم أقوالا فعن ابن سريج أن ما ذكره ههنا جواب على قولنا أن البداءة للمشتري و يجيء عند التنازع قول آخر وهما أنهما يخيران معا ولايجيء قولنا لايخير واحد منهما حتى يبدأ أحدهما فان الحال لايحتمل التأخير ولاقولنا إن البداءة بالبائع فان من يتصرف للغير فلا بد وان يحتاط وعن أبى الحسين أنه تجب البداءة ههنا بتسليم الثمن بلا خلاف ثم لو خالف الواجب وسلم المبيع قبل قبض الثمن ضمن وكيف يضمن سنذكره ان شاء الله تعالى وما يقبض الحاكم من أثمان أمواله علي التدريج ان كان يسهل قسمته عليهم فالأولى أن لايؤخره وان كان يعسر لقلته وكثرة الديون فله أن يؤخر ليجمع فان أبوا التأخير ففي النهاية إطلاق القول بأنه يجيبهم والظاهر خلافه فاذا تأخرت القسمة فان وجد من يقترض منه فعل و يشترط فيه الامانة واليسار وان لم يجد أودعه عند أمين ولايشترط فيه اليسار والتورع ممن يرضاه الغرماء فان اختلفوا أو عينوا من ليس بعدل فالرأى للحاكم ولايقنع بمن ليس بعدل ولو تلف شيء من الثمن فى يد العدل فهو من ضمان المفلس سواء كان في حياة

تكون الالية وما حمله الظهر صنفا من الشحم أم لا فعلى وجهين (أحدهما) أنها من جملة الشحم وهو قول مالك (والثاني) أنها أصناف مختلفة وهو قول أبي حنيفة . ولتوجيه ذلك موضع من كتاب الايمان * واللحم والكبد جنسان . قاله الماوردي والمصنف . والالية والسنام جنسان على ماقاله الرافعي في الايمان . قال صاحب البيان فكل واحد من هذه الاجناس يجوز بيعه بالجنس الآخر متفاضلا *

﴿ فرع ﴾ وهو أصل قال الامام لما تكلم في هذه الاشياء القول في هذا يستدعي تقديم أمر الى أصل في الايمان اذا قال الرجل والله لا آكل اللحم فالذي ذهب اليه جماهير الاصحاب أنه لا يحنث بأكل الكبد والكرش والطحال والمعاء والرئة فانها لا تسمى لحما . وحكى الشيخ أبو علي عن أبي زيد المروزي قولين (أحدهما) هذا (والثاني) يحنث فانها في معنى اللحم وهذا بعيد لم أره لغيره ولم يختلف الاصحاب في أن من حلف لا يأكل اللحم لم يحنث بأكل الشحم ولست أعني سمين اللحم فانه معدود من اللحم . اتفق عليه من نقلوه (وأما) القلب فقد قطع الصيدلاني وغيره من المراوزة بأنه لحم . وذكر العراقيون أنه كالكبد . والذي قاله محتمل ، والكلية عندي في معني القلب والألية لم يعدها المحققون من اللحم ولا من الشحم وهذا فيه احتمال عندي فيشبه أن يقال هو كاللحم السمين يجمع للضائر على موضع مخصوص فاذا ثبت ماذكرناه من حكم الايمان واستقصاؤه يحال على موضعه عدنا الى غرضنا *

المفلس أو عند موته وعند أبي حنيفة ما تالف بعد موته فهو من ضمان الغرماء والله أعلم * بقي في الفصل مسألتان (إحداهما) لا يكلف عند القسمة الغرماء إقامة البينة على أنه لا غريم سواهم ويكتفى بأن الحجر قد استفاض واشتهر فلو كان ثم غيرهم لظهر وطالب حقه ويؤيده أن عمر رضى الله عنه اكتفى باشتهار أمر الجهني في خطبته ولم يكلف الغرماء البينة هذا ما نقله الامام عن صاحب التقريب ثم قال لا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء والقسمة على الورثة (فاذا قلنا) في القسمة على الورثة لا بد من إقامة الشهادة على أن لا وارث غيرهم كذلك في القسمة علي الغرماء وللفارق أن يفرق بين البائنين بان الورثة على كل حال أضبط من الغرماء وهذه شهادة علي النفي يعسر مدركها فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان الضبط أعسر * واذا جرت القسمة ثم ظهر غريم آخر فالظاهر أن القسمة لا تنقض ولكن يشاركهم من ظهر بالحصة لان المقصود يحصل به وفيه وجه أنها تنقض فيسترد المال ممن أخذ ويستأنف القسمة وهذا كما لو اقتسم الورثة التركة ثم ظهر دين ففي نقض القسمة اختلاف (فان قلنا) بعدم النقض فلو قسم ماله على غريمين لاحدهما عشرون وللآخر عشرة فاخذ الاول عشرة والثاني خمسة ثم ظهر غريم ثالث بثلاثين استرد من كل واحد منهما نصف ما أخذ ولو كان دين كل واحد منهما عشرة وقسم المال بينهما نصفين ثم ظهر غريم ثالث بعشرة رجع على كل واحد منهما

﴿ فرع ﴾ قال الماوردى فاما البيض فنوعان بيض طير وبيض سمك فبيض الطير لا يكون صنفا من لحم الطير لأن البيض أصل الحيوان فلم يجز أن يكون صنفا من اللحم الذى هو فرع للحيوان فعلى هذا اذا قيل اللحمان أصناف فالبيض أولى أن يكون أصنافا و إذا قيل هذا صنف واحد ففى البيض وجهان (وأما) بيض السمك فهل يكون نوعا من لحم السمك فيه وجهان (أحدهما) أنه صنف غيره كما أن بيض الطير صنف غير لحمه (والثانى) أنه نوع من لحم السمك يؤكل معه حيا وميتا وسيأتي الكلام في البيض فى آخر الباب عند ذكر المصنف له والاصح من الوجهين المذكورين فى بيض الطيور أنه أجناس *

﴿ فرع ﴾ صفرة البيض وبياضه جنس واحد لا يجوز بيع بعضه ببعض * هكذا قال الرويانى *

﴿ فرع ﴾ بيع البيض المقلى بالمقلى أو المقلى بغير المقلى * قال الرويانى فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لتغيره عن حال الكمال ولدخوله النار (والثانى) يجوز لأنه بالمقلى لم يخرج عن حال الأدخار والنار لا تنقص منه شيأ (قلت) ان كان فرض المسألة فى المنزوع القشر فلا يجوز بيع بعضه ببعض وان كان بقشره فلا يسمى مقليا فلينظر اه والكبد والطحال جنسان قاله المصنف وصاحب البيان والفؤاد صنف آخر قاله الماوردى وكذلك المخ والدماغ والكرش والمصران كل واحد منها صنف أيضا وقال القاضي حسين ان الكرش والمصران كاللحم مع الشحم يعني فيكونان جنسين كما قال الماوردى وكذلك اللسان صنف آخر قاله الرويانى والقلب والالية قال القاضى حسين قد قيل فيهما وجهان لأنهما يسميان لحما وجزم صاحب التهذيب أن القلب والرئة واللحم أجناس مختلفة وهو الأصح فى الرافعى فى الايمان والمخ مع هذه الاشياء جنس آخر قاله الأمام

بثلث ما أخذ فان أتلف أحدهما ما أخذ وكان معسرا لا يحصل منه شيء فوجهان (أظهرهما) أن الغريم الذى ظهر لا يأخذ من الآخر شطر ما أخذ وكانه كل المال ثم لو أيسر المتلف أخذا منه ثلث ما أخذه وقسماه بينهما (والثانى) أنه لا يأخذ منه الا ثلث ما أخذه وثلث ما أخذه المتلف دين له عليه ولو أن الغريم الثالث ظهر وقد ظهر للمفلس مال قديم أو حادث بعد الحجر صرف منه الى من ظهر بقسط ما أخذه الاولان فان فضل شيء فهو مقسوم على الثلاثة بقسطه هذا كله اذا كان الغريم الذى ظهر قديما فان كان حادثا بعد الحجر فلا يشارك الاولين فى المال القديم و إن ظهر مال قديم وحدث مال باحتطاب وغيره فالقديم للقدماء خاصة والحادث للكل (المسألة الثانية) لو خرج شيء مما باعه المفلس قبل الحجر مستحقا والثمن غير باق فهو كدين ظهر والحكم ما مضى و إن باع الحاكم ماله وظهر الاستحقاق بعد قبض الثمن وتلفه فرجوع المشترى فى مال المفلس ولا يطالب الحاكم به ولو نصب الحاكم أمينا حتى باعه ففى كونه طريقا وجهان كما ذكرنا فى العدل الذى نصبه القاضى لبيع الرهن ثم رجوع المشترى فى مال المفلس ورجوع الامين (إن قلنا) إنه طريق للضمان وغرم كيف يكون

والرافعي وغيرهما وكذا الجلد جنس آخر قاله الرافعي واستدرك عليه في الروضة فقال المعروف أن الجلد ليس ربويا فيجوز بيع جلد بجلود وبغيرها فلا حاجة الى قوله إنها جنس آخر (قلت) ويمكن حمل كلام الرافعي على الجلد الذي يؤكل كجلد السميط فانه مأكول فكيف لا يكون ربويا وقد صرح صاحب التلخيص بجواز بيع اللحم المسموط في جلده وقد قال الماوردي انه اذا باع اللحم الذي عليه جلد يؤكل كجلد الجدي أو الدجاج بمثله ففيه وجهان كالعظم وقال في الرونق المنسوب لابي حامد الجلود مما اختلف قول الشافعي فيه هل هو نوع أو أنواع فيصح ماقاله الرافعي ويظهر أنه إذا باع اللحم مع جلده المأكول بلحم كان من قاعدة مد عجوة وصورة المسألة إذا كان اللحم يابسا والله أعلم * ورأيت في البحر للروياني ماهو أغرب من هذا قال إذا باع جلد الغنم بجلد البقر متفاضلا هل يصح يحتمل

فيه قولان (عن) رواية الربيع وحرملة انه يضارب مع الغرماء لانه دين في ذمة المفلس كسائر الديون (والثاني) أنه يتقدم على سائر الغرماء لانا لو قلنا بالمضاربة لرغب الناس عن شراء مال المفلس فكان التقديم من مصالح الحجر كأجرة الكيال ونحوها من المؤن ونسب الاكثرون هذا القول الى رواية المزني لكن منقولة في المختصر يشعر بالقولين جميعا وذكر المسعودي أن القولين مأخوذان منه والثاني أرجح عند عامة الاصحاب ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب فيه خلاف بالواو لان الامام حكى طريقة أخرى قاطعة بالتقديم وأيضاً فان العراقيين حكوا طريقة أخرى وهي تنزيل الروايتين على حالين ان كان الرجوع قبل قسمة المال بين الغرماء يقدم وان كان بعد القسمة واستئناف الحجر بسبب مال تجدد فهو أسوة الغرماء *

قال ﴿ ثم يترك عليه دست ثوب يليق بحاله حتى خفه وطيلسانه إن كان حطهما عنه يزرى بمنصبه * ولا يترك مسكنه وخادمه * بل يبقي له سكني يوم واحد ونفقته ونفقة زوجته وأولاده * وكذا ينفق عليهم مدة الحجر * ونص في الكفارة أنه يعدل إلى الصيام * وان كان له مسكن وخادم فقيل بمثله في الديون * والفرق أن الكفارة لها بدل وحقوق الله على المساهلة ﴾*

مقصود الفصل الكلام فيما يباع علي المفلس من أمواله وما يترك له وفيه مسائل (إحداها) ينفق الحاكم على المفلس إلى الفراغ من بيع ماله وقسمته وكذا ينفق على من عليه مؤنته من الزوجات والأقارب لأنه موسر مالم يزل ملكه وكذا كسوتهم بالمعروف هذا إذا لم يكن له كسب يصرف الى هذه الجهات وكيف ينفق علي زوجاته قال الامام لاشك ان نفقته نفقة المعسرين وفي البحر للقاضي الروياني أنه ينفق عليهن نفقة الموسرين وهذا قياس الباب ولو كان ينفق نفقة المعسرين لما أنفق على الاقارب (الثانية) بيع مسكنه وخادمه وان كان محتاجا إلى من يخدمه لزمانته أو كان منصبه يقتضي

قولين بناء على القولين فى اللحمان وهذا لايمكن تأويله على ماحملنا عليه كلام الرافعى وهو يدل على أنه يعتقد ان الجلد ربوى وأنه لو باعه بجلد من جنسه لم يجز التفاضل قولا واحدا وهو عجيب والذى قاله النووي هو الأقرب وفى شحم الظهر مع شحم البطن وجهان قاله الرافعى وسنام البعير مع شحم ظهره وشحم بطنه جنسان قاله صاحب التهذيب والرافعى و كلام الرافعى يحتاج الى تأمل حتي ينزل على ذلك وكلام التهذيب صريح ولحم الرأس والا كارع من جنس اللحم قاله الرافعى وفى الأكارع احتمال [illegible] فانه قال ان الأئمة قطعوا بذلك ثم قال ولا اعتراض فى الاتفاق فلعل ذلك من جهة أنه يؤكل أكل اللحم والا فالظاهر عندى أن القصبة المفردة ليست لحما والذي قاله البغوى أن فى لحم الرأس والخد واللسان والأكارع طريقين (أصحها) يحنث بأكلها إذا حلف أن لا يأكل اللحم

خادما ونص فى الكفارات المرتبة أنه يعدل إلى الصيام وان كان له مسكن وخادم ولا يلزمه صرفهما الى الاعتاق فمنهم من خرج منه قولا فى الديون والمذهب تقرير النصين والفرق من وجهين (أحدهما) أن الكفارة لها بدل ينتقل اليه والدين بخلافه (وثانيهما) أن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة وحقوق الآدميين على الشح والمضايقة قال الامام والمسكن أولى بالابقاء من الخادم فينتظم أن يرتب الخلاف ويقال فيهما ثلاثة أوجه فى الثالث يبقى المسكن دون الخادم (فان قلنا) بالابقاء فذلك إذا كان لائقا بالحال دون النفيس الذي لايليق به ويشبه أن يكون هذا هو المراد مما نقل عن الأصطخري أنه إن كان ثمينا بيع والا فلا (الثالثة) يترك له دست ثوب يليق بحاله من قميص وسراويل ومنديل ومكعب وان كان فى الشتاء زاد جبة وتترك له العمامة والطيلسان والخف ودراعة يلبسها فوق القميص إن كان اللائق بحاله لبسها لأن حطها عنه يزرى بمنصبه وتوقف الامام فى الخف والطيلسان وقال ان تركهما لايخرم المروءة وذكر أن الاعتبار بما يليق بحاله فى افلاسه لافى بسطته وثروته لكن المفهوم من كلام الأصحاب أنهم لايساعدونه عليه ويمنعون قوله إن تركهما لايخرم المروءة ولو كان يلبس قبل الافلاس فوق مايليق بمثله رددناه إلى اللائق ولو كان يلبس دون اللائق تقتيراً لم يزد عليه فى الافلاس ويترك لعياله من الثوب كما يترك له ولا يترك الفرش والبسط نعم يسامح باللبد والحصير القليل القيمة قال الأئمة والفرق بين الثياب و بين الخادم والمسكن حيث لم يتركا عليه فى ظاهر المذهب أن الخادم عنه غنية (وأما) المسكن فانه يسهل استئجاره وان تعذر سكن الرباط والمسجد والثياب قلما تستأجر (الرابعة) يترك له قوت يوم القسمة وكذلك لمن عليه نفقته لانه موسر فى أوله ولا يزيد على نفقة ذلك اليوم فانه لاضبط بعده وذكر فى الكتاب أنه يبقى له سكني ذلك اليوم

(والثانية) على وجهين فيكون ماقاله فى الربا جريا على أحد الطريقين قال الامام والمعظم لاشك أنه ليس بلحم الصلب منه والمشاشي والغضروف وقد علل المصنف ذلك كله بانها مختلفة الاسم والخلقة وهى علة شاملة غير أنه لم يتقدم في ضابطه الا اختلاف الاسم (وأما) الخلقة فلم ينبه عليه فيما تقدم *

(فرع) قد تقدم أن الشحوم جنس غير اللحم وفى الشحوم نفسها قولان كاللحم حكاهما الماوردى قال وهل الألية وما حمله الظهر صنفان من الشحم فيه وجهان (أحدهما) نعم وهو قول مالك (والثانى) أنها أصناف مختلفة غير الشحم وهو قول أبى حنيفة *

* قال المصنف رحمه الله *

(فاما الالبان ففيها طريقان (من) أصحابنا من قال هى كاللحمان وفيها قولان (ومنهم) من قال الألبان أجناس قولا واحدا لانها تتولد من الحيوان والحيوان أجناس فكذلك الألبان واللحمان لاتتولد من الحيوان والصحيح أنها كاللحمان) *

(الشرح) نص الشافعى رحمه الله فى الأم والمختصر جازم بأن الألبان أجناس قال فى الأم فى باب مايكون رطبا أبداً والصنف الواحد لبن الغنم ماعزه وضانيه والصنف الذى يخالفه البقر

أيضا وهذا مستمر على قياس النفقة وان لم يتعرض له غيره وكل مايترك إذا وجد فى ماله يشترى إذا لم يوجد *

قال (ثم ان بقي شيء من الدين فلا يستكسب (م) * وفي إجارة مستولدته والضيعة الموقوفة عليه خلاف مأخذه أن المنفعة ليست مالا عتيدا وانما هو اكتساب) *

من قواعد الباب أن المفلس لا يؤمر بتحصيل ماليس بحاصل وان لم يمكن من تفويت ماهو حاصل حتى لو جنى على المفلس أو على عبده جان فله القصاص ولايلزم العفو على المال قال وان كانت الجناية موجبة للمال فليس له ولا لوارثه أن يقبل العفو دون إذن الغرماء ولو كان قد أسلم فى شيء فليس له أن يقبض مسامحا ببعض الصفات المقصودة المشروطة الا باذنهم ولو كان قد وهب هبة تقتضى الثواب وقلنا انها تقدر بما يرضى به الواهب فله أن يرضى بما شاء وتكليفه طلب الزيادة تكليف بتحصيل ماليس بحاصل (وان قلنا) إنه يتقدر بالمثل لم يجز الرضا بما دونه ولو زاد على المثل لم يجب القبول * اذا تقرر ذلك فليس على المفلس أن يكتسب و يؤاجر نفسه ليصرف الأجرة والكسب إلى بقية الديون * وقال أحمد رضى الله عنه يلزمه ذلك ولو لمتنع اجره القاضي * وعن مالك أنه ان كان ممن يعتاد اجارة نفسه لزمه * لناقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة إلي ميسرة) حكم

رد يانيه وعرابيه وجواميسه والصنف الواحد الذي يخالفهما معا لبن الابل أو اركها وعواديها ومهريها ونجيبها وعرابها وقال فى باب بيع الآجال والألبان مختلفة وذكر أصنافها وصرح ببيعها متفاضلا قال أبو حامد إنه لايعرف أنه نص على غير ذلك وقال القاضى المـاوردى أنه نص فى القديم على أنها صنف واحد وهذا غريب و بتقدير ثبوته لما اقتصر الشافعى فى الجديد فيها قول واحد ونص فى الأم فى اللحمان على القولين المتقدمين قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى وابن الصباغ والقاضى أبوالطيب قال أصحابنا يجب أن تكون الألبان أيضا على قولين لانه لافرق بينها و بين اللحمان وتوجيه القولين كما مر فى مسألة اللحمان حرفا بحرف والصحيح من القولين أنها أجناس كما فى اللحمان قله القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وممن جزم بهذه الطريقة وتخريجها علي قولى اللحمان المحاملى في المجموع ورجحها أبو اسحق المروزى والمصنف وقال الرافعى انها الاظهر عند الاكثرين وذهب آخرون الى القطع بأنها أجناس مختلفة وفرقوا بينها و بين اللحمان بفرقين (أحدهما) ماذكره فى الـكتاب وممن ذكره

بالأنظار ولم يأمره بالاكتساب وأيضا فان النبى ﷺ «لما حجر على معاذ رضي الله عنه لم يزد على بيع ماله» (١) ولو كانت له أم ولد أو ضيعة موقوفة عليه فوجهان (أحدهما) أنهما يؤجران لان المنافع اموال كالاعيان فيحصل بدلها الدين (والثانى) لا لان المنافع لاتعد أموالا حاضرة ولو كان كذلك لوجب اجارة المفلس نفسه ولوجب بها الحج والزكاة فعلى الأول يؤاجر مرة بعد أخرى إلى أن ينقضى الدين لأن المنافع لانهاية لها وقضية ادامة الحجر الى فناء الدين ولان هذا كالمستعير ومال الامام إلى ترجيح الوجه الثانى لـكن فى تعاليق العراقيين مايدل على أن الأول أظهر *

قال ﴿ ثم اذا لم يبق له مال واعترف به الغرماء فيفك الحجر * أم يحتاج الى فك القاضى فيه خلاف * وكذا لو تطابقوا علي رفع الحجر لأن الظاهر أن الحق لايعدوهم ولكن يحتمل أن يكون وراءهم غريم * والاظهر أن بيعه ماله من غير الغرماء لايصح وان كان باذنهم * ولو باع من الغريم بالدين ولا دين سواه ففيه خلاف لأن سقوط الدين يسقط الحجر على رأى ﴾ *

اذا قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء فينفك الحجر أم يحتاج الى فك القاضى فيه وجهان

---

(١) ﴿ قوله ﴾ روى أنه ﷺ انما حجر على معاذ بالتماس منه دون طلب الغرماء (قلت) هذا شيء ادعاه امام الحرمين فقال فى النهاية قال العلماء ماكان حجر رسول الله ﷺ على معاذ من جهة استدعاء غرمائه والاشبه أن ذلك جرى باستدعائه وتبعه الغزالى وهو خلاف ماصح من الروايات المشهورة ففى المراسيل لابى داود التصريح بأن الغرماء التمسوا ذلك اما مارواه الدارقطنى أن معاذا اتى رسول الله ﷺ فكلمه ليكلم غرماءه فلا حجة فيها أن ذلك الالتماس الحجر وانما فيها طلب معاذ الرفق منهم وبهذا تجمع الروايات

القاضى

القاضي أبو الطيب وذكر القاضي أبو الطيب عن أبي اسحق أنه قال يمكن أن يقال لايجوز بيع شاة لبون بشاة لبون و يجوز بيع الشاة بالشاة اذا لم يكن فيهما لبن ولا يمنع مافيهما من اللحم من بيع احديهما بالاخرى تولد على افتراقهما ثم قال أبو اسحق الاقوى تخريجها على قولين (والثانى) أن الأصول التي حصل اللبن فيها باقية بحالها وهى مختلفة فيدام حكمها على الفروع بخلاف أصول اللحم قاله الرافعي وفى كل من الفرقين نظر (أما الاول) الذى فى الكتاب فلأن لقائل أن يقلب ذلك لأن الالبان تتولد من الحيوان بانتقالها عما كانت عليه حين كانت جزء حيوان دما الى حالة أخرى فناسب أن تعتبر بنفسها والالحان لاتتولد بل هى عين جزء الحيوان فارقته الروح فكان اجراء حكمها عليها أولى من الفروع المتولدة عنها(وأما)الفرق الثانى فلان الوصف المذكور لاتأثيرله بدليل أنه مفقود فى الادقة وهى أجناس وذكر القاضي حسين فرقا ثالثا وهو أن اللبن يجرى فيه الربا وان كان متصلا بالحيوان بخلاف اللحم قال الامام وهذا الفرق ردىء فان الالبان فى الضروع وقد اشتركت فى الاسم الخاص من أول حصولها وهذا معتمد اتحاد الجنس ولامنفعة في اجراء الربا فيها فى الضروع بعد القطع باختلاف أصولها وقد تقدم عن القاضي حسين أن فى اللحان أيضا طريقة قاطعة (١) فعلى تلك الطريقة الالبان أولى وعلى طريقة إجراء القولين يأتى الطريقان المذكوران هنا *

{ التفريع } إن قلنا انها صنف واحد فلا يجوز بيع لبن بلبن الا متماثلا وله أحكام تذكر فى كلام المصنف في الفصل الثانى عشر بعد هذا الفصل قال القاضى أبو الطيب على هذا القول

(١) كذا بالاصل فحرر

(أحدهما) أنه ينفك لان الحجر لحفظ المال على الغرماء وقد حصل هذا الغرض فيزول الحجر(وأظهرهما) أنه لابد من فك القاضى لانه حجر لايثبت الا باثبات القاضى ولا يرتفع الا برفعه كالحجر على السفيه والمعنى فيه أنه يحتاج الى نظر واجتهاد كحجر السفيه هذا اذا اعترف الغرماء بان لا مال سواه أما اذا ادعوا مالا آخر فالجواب ماسيأتى ان شاء الله تعالى فى الحكم الثالث*ولو اتفق الغرماء علي رفع الحجر عنه فقد حكى الامام فى ارتفاعه مثل هذا الخلاف عن الاصحاب (وجه) الارتفاع أن الحجر لهم فهم فى امرأله كالمرتهن فى حق المرهون(ووجه)عدم الارتفاع أنه يحتمل أن يكون وراءهم غريم غائب فلا بد فيه من نظر الحاكم واجتهاده*ولو باع المفلس ماله من غريمه بدينه ولا يعرف له غريما سواه فوجهان(قال)صاحب التلخيص يصح بيعه لان الحجر عليه لدين ذلك الغريم فاذا رضى و برئت ذمته من الدين وجب أن يصح (والاظهر) و به قال أبو زيد أنه لايصح من غير مراجعة القاضى لان الحجر على المفلس لايقتصر على الغريم الملتمس بل يثبت على العموم ومن

كل ما يسمى لبنا جنس واحد (وإن قلنا) أصناف فابن البقر الأهلية جنس ولبن البقر الوحشية باختلاف أنواعها جنس ولبن الغنم الأهلية جنس ولبن الغنم الوحشية وهي الظباء وأنواعها جنس ولبن الابل بأنواعها جنس ولا يكون للابل وحش فيجوز بيع أحد الجنسين بالآخر متفاضلا وبيعه بما يتخذه من الآخر وقد تقدم تفصيل ذلك في اللحوم ولكني أقصد زيادة البيان وتأسيت أيضا بالأصحاب فأنهم ذكروه كذلك ولبن الضأن والمعز جنس واحد ولبن الوعل مع المعز الأهلي جنسان اعتبارا بالاصول قاله الرافعي وصاحب التهذيب ولبن الآدميات جنس قاله ابن سراقة ولا شك في ذلك إذا قلنا إن الالبان أجناس (أما) إذا قلنا الالبان جنس واحد فسيأتي والكلام في بيع اللبن بعضه ببعض من جنسه سيأتي في كلام المصنف إن شاء الله تعالى * ومذهب مالك وأحمد رحمهما الله تعالى أنها صنف ومذهب أبي حنيفة رضي الله عنه أنها أصناف ﴿ فئدة ﴾ قال أبو محمد عبد الله بن سعيد الأموي في نوادره ولا أقول صنفا إنما هو صنف بالفتح وصنف وأنشد (إذا مت كان الناس صنفين) البيت * ﴿ فرع ﴾ إن قلنا الالبان جنس واحد فلبن الآدمي مع غيره فيه وجهان (أحدهما) أن الكل

الجائز أن يكون له غريم آخر والوجهان مفرعان على أن بيع المفلس من الاجنبي لا يصح فان صح فهذا أولى ولو حجر عليه بديون جماعة وباع أمواله منهم بديونهم فعلى هذا الخلاف ولو باع ماله من غريمه الواحد بعين أو ببعض دينه فهو كما لو باع من الاجنبي لان ذلك لا يتضمن ارتفاع الحجر بخلاف ما إذا باع بكل الدين فانه يسقط الدين فاذا سقط الدين ارتفع الحجر * ولو باع من أجنبي باذن الغرماء لم يصح أيضا وقال الامام يحتمل أن يصح كما يصح بيع المرهون باذن المرتهن وأقام صاحب الكتاب ما ذكره وجها فقال والاظهر أن بيعه ماله من غير الغرماء أي من الوجهين (وقوله) لان سقوط الدين يسقط الحجر على رأي هو الرأي الذاهب الى أنه إذا فرقت أمواله وقبضت الديون ارتفع الحجر عنه فاذا قلنا بذلك

---

*(حديث) * ايما رجل باع متاعا فافلس الذي ابتاعه ولم يقبض البائع من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو احق به وان كان قد اقتضى من ثمنه شيئا فهو اسوة الغرماء ذكر الرافعي بعد انه حديث مرسل وهو كما قال فقد اخرجه مالك وأبو داود من حديث أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام مرسلا ووصله أبو داود من طريق أخرى وفيها اسماعيل بن عياش إلا أنه رواه عن الزبيدي وهو شامي قال أبو داود المرسل أصح (قلت) واختلف على اسماعيل فاخرجه ابن الجارود من وجه آخر عنه عن موسى ابن عقبة عن الزهري موصولا وقال الشافعي حديث أبي المعتمر أولى من هذا وهذا منقطع وقال البيهقي لا يصح وصله ووصله عبد الرزاق في مصنفه عن مالك وذكر ابن حزم أن عراك بن مالك رواه أيضا عن أبي هريرة وفي غرائب مالك وفي التمهيد أن بعض أصحاب مالك وصله عنه *

جنس واحد (والثاني) لا لأن لبن الادمى جنس وسائر الالبان جنس آخر لأن مايستخرج منه هذا اللبن لايؤكل لحمه ويخالف سائر الألبان فى الحكم فكان جنسا آخر قاله القاضى حسين *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وما حرم فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض حتى يتساويا فى الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال «الذهب بالذهب تبره وعينه وزنا بوزن والفضة بالفضة تبره وعينه وزنا بوزن والملح بالملح والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير كيلا بكيل فمن زاد أو ازداد فقد أربى» ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ حديث عبادة هذا بهذا اللفظ أخرجه النسائى فى السنن الكبرى وسنده صحيح ولم يخرجه من الأئمة الستة أحد غيره ورواه البيهقى أيضا من غير طريق النسائى وأخرجه النسائى فى كتابه المجتبي بهذا اللفظ أيضا إلا قوله فى آخره كيلا بكيل فان موضعها عنده سواء بسواء مثلا بمثل وقد تقدم حديث عبادة رضى الله عنه فى موضعين من كلام المصنف وأصله فى صحيح مسلم كما تقدم وقد تقدمت أحاديث صحيحة فى هذا المعني (منها) حديث فضالة بن عبيدة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «لاتبيعوا الذهب بالذهب إلا وزنا بوزن» رواه مسلم (ومنها) حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال «قال رسول الله ﷺ الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلا بمثل والفضة بالفضة وزنا بوزن مثلا بمثل» رواه مسلم رحمه الله

صححنا البيع من الغريم بالدين لتضمنه البراءة من الدين ولك أن تقول وجب أن لانجزم بصحة البيع وان قلنا بان سقوط الدين يسقط الحجر لان صحة البيع اما أن تفتقر الى تقدم ارتفاع الحجر أم لاتفتقر فان افتقرت وجب أن نجزم بعدم الصحة للدور فانه لايصح البيع مالم يرتفع الحجر ولايرتفع الحجر مالم يسقط الدين ولا يسقط الدين مالم يصح البيع وان لم تفتقر فغاية الممكن اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر فلتخرج الصحة على الخلاف فيما اذا قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً بعد ولد هل تطلق بالثانى وفيما إذا قال العبد لزوجته ان مات سيدى فانت طالق طلقتين وقال السيد لعبده إذا مت فانت حر ثم مات السيد فهل له نكاحها قبل زوج واصابة ولهما نظائر *

قال ﴿ الحكم الثالث ﴾ حبسه الى ثبوت إعساره * وللقاضى ضربه ان ظهر عناده باخفاء المال * فان أقام بينة على أعساره سمع فى الحال (ح م) * وأنظر الي ميسرة * وليشهد من يخبر باطن حاله فانه شهادة على النفى قبلت للحاجة * ثم للخصم أن يحلفه مع الشهادة * فان لم يطلب فهل يجب على القاضى أدبا فى قضائه فيه خلاف * وان لم يجد بينة وقد عهد له مال فلا يقبل قوله * وان لم يعهد فقيل ان القول قوله لأن الاصل عدم اليسار * وقيل لا بل الاصل فى الحر الاقتدار * وقيل ينظر ان لزمه الدين باختياره فالظاهر ان لايلتزم الاعن قدرة * فان لم يقبل يمينه فان كان غريبا فليوكل القاضى به من يسأل عن منشئه

والأحاديث التي فيها ذكر الصاع في الأشياء الأربعة كثيرة وقد روى أبو داود هذا الحديث بقريب مما في الكتاب من غير ذكر الوزن لكن قال في الأشياء الأربعة مدا بمد قال القلعي والمد مكيال لأهل الشام معروف يسع نيفا وأربعين رطلا والتبر قال الأزهري التبر من الذهب والفضة ما كان غير مصوغ ولا مضروب وكذلك من النحاس وسائر الجواهر ما كان كسارا غير مصنوع آنية ولا مضروب فلوسا وأصل التبر من قولك تبرت الشيء أي كسرته حدادا وقد تقدم في التبر بحث (وقوله) عينه يريد ذاته وقد تقدم أنه من الأسماء المشتركة وقد اتفق أكثر العلماء على هذه الجملة وأن المساواة المعتبرة هي المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا ولا يضر اختلاف المكيلين في الوزن ولا اختلاف

ومنقلبه حتى يغلب على ظنه افلاسه فليشهد كيلا يتخلد الحبس عليه ﴾ *

هذا الحكم أيضا ليس من آثار الحجر وخواصه بل هو في حق غير المحجور أظهر على ماسنبينه ان شاء الله تعالى * واعلم أن المديون اذا ثبت اعساره لم يجز حبسه ولا ملازمته بل يمهل الى أن يوسر على ما قال الله تعالى (فنظرة الى ميسرة) وقال أبو حنيفة للغريم ملازمته ولكن لا يمنعه من التكسب * وان كان له مال فقد ذكرنا أنه يؤمر ببيع ماله وان امتنع باعه الحاكم عليه وهل يحجر عليه فيه وجهان (أظهرهما) أنه يحجر اذا التمسه الغرماء كيلا يتلف ماله (والثاني) لا لأن عمر رضي الله عنه لم يحجر على الجهيني * فان أخفى ماله حبسه القاضي حتى يظهره روى أنه صلى الله عليه وسلم قال «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته» (١) قال المفسرون أراد بالعقوبة الحبس والملازمة فان لم ينزجر بالحبس زاد في تعزيره بما يراه من الضرب وغيره وان كان ماله ظاهراً فهل يحبسه بامتناعه قال في التتمة فيه وجهان الذى عليه عمل القضاة الحبس ويدل عليه ماروى أنه صلى الله عليه وسلم «حبس رجلا أعتق شقصا له من عبد في قيمة الباقي» (٢) وان ادعى أنه قد تلف ماله وصار معسراً

---

(١) ﴿ حديث ﴾ لي الواجد ظلم وعقوبته حبسه ه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم والبيهقي من حديث عمرو بن الشريد عن أبيه وعلقه البخاري ولكن لفظه عند الطبراني في الأوسط لي الواجد يحل عرضه وعقوبته وقال لا يروى عن الشريد إلا بهذا الاسناد تفرد به ابن أبي دليلة *

(٢) ﴿ حديث ﴾ أنه ﷺ حبس رجلا أعتق شقصا له في عبد في قيمة الباقي * البيهقي من طريق أبي مجلز ان عبدا كان بين رجلين فاعتق أحدهما نصيبه فحبسه النبي ﷺ حتى باع فيه غنيمة له قال وهذا منقطع قال وروى من وجه آخر عن القاسم بن عبد الرحمن عن جده عبد الله ابن مسعود وهو ضعيف لأنه من طريق الحسن بن عمارة قال ورواه الثوري عن ابن أبي ليلى عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابي مجلز ﴿ فائدة ﴾ في مشروعية الحبس حديث أخرجه أبو داود والنسائي من طريق بهز بن حكيم عن ابيه عن جده أن النبي ﷺ حبس رجلا في تهمة ساعة من نهار ثم خلا سبيله *

الموزونين في الكيل فأما ما أصله الوزن فلا يجوز بيعه كيلا بكيل نقل الشيخ أبو حامد الاجماع فيه وأما ما أصله الكيل فنقل الفوراني من أصحابنا أنه يجوز بيعه وزنا حكاه عنه جماعة منهم ابن يونس وقال صاحب الذخائر انه أعني الفوراني حكاه عنه المهذب ولم يحك سواه وهذا ضعيف مردود ولا معول عليه مع أن الذي رأيته في كتاب الأبانة المنع وموافقة الأصحاب * وحكى الجواز عن أبي حنيفة وروى عن مالك قال يجوز بيع بعض الموزونات ببعض جزافا وسيأتي النقل عن مالك وقال الشيخ أبو حامد قال بعضهم يجوز أن يبيع المكيل كيلا بكيل ووزنا بوزن قال لأن الاعتبار بالتساوي فاذا وجد بالوزن جاز ولأنه لاخلاف أنه لو أسلم في مكيل بالوزن جاز * لنا أنه يؤدي إلى التفاضل في الكيل بأن يكون أحد التمرين ثقيلا فيؤدي إلى بيع صاع بأ كثر من صاع ولأنه لاخلاف في الموزون لا يجوز بيع بعضه ببعض كيلا والمساواة المعتبرة هي المأمور بها وهو الكيل في المكيل والوزن في الموزون وإنما جاز في السلم لأن القصد فيه أن يصير مضبوط القدر وليس كذلك ههنا لأنه تراعي المماثلة على ما أمرنا بها في الشرع *

﴿ فرع ﴾ فصل القاضي حسين وصاحب التتمة وغيرهما في الملح بين أن يكون قطعا كبارا أو صغارا فان كان مسحوقا ناعما أو مدقوقا بحيث لا يزيد جرمه على جرم التمر فلا يجوز البيع إلا كيلا وإن كان القطع كبارا فوجهان (أحدهما) يباع وزنا وبه جزم في التهذيب وكلام القاضي حسين يقتضي ترجيح اعتبار الوزن وقال الرافعي انه الأظهر (والثاني) يسحق ويباع كيلا لأنه الاصل فيه قال القاضي حسين وفي هذا ضيق على الناس وأظهر الوجهين اعتباره بالوزن *

﴿ فرع ﴾ وقول المصنف رحمه الله تعالى فيما يكال وفيما يوزن يعني بالنظر الى جنسه لا الى قدره

فعليه البينة ثم ان شهد الشهود على التلف قبلت شهادتهم ولم يعتبر فيهم الخبرة الباطنة وان شهدوا على اعساره قبلت بشرط الخبرة الباطنة قال الصيدلاني ويحمل قولهم انه معسر على أنهم وقفوا على تلف المال * وان ادعى المديون أنه معسر لاشيء له أو قسم مال المحجور على الغرماء وبقي بعض الديون فان زعم أنه لا يملك شيئا آخر وأنكر الغرماء نظر ان لزمه الدين في مقابلة مال كما اذا ابتاع أو استقرض أو باع سلما فهو كالو ادعى هلاك المال فعليه البينة وان لزم لا في مقابلة مال فثلاثة أوجه (أصحها) أنه يقبل قوله مع اليمين لأن الاصل العدم (والثاني) أنه لا يقبل ويحتاج الى البينة لأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئا قل أم كثر (والثالث) أنه ان لزمه باختياره كالصداق والضمان لم يقبل قوله وعليه البينة وان لزمه لا باختياره كارش الجنايات وغرامة المتلفات قبل قوله مع اليمين والفرق ان الظاهر أنه لا يشغل ذمته ولا يلتزم مالا يقدر عليه ثم الكلام في فصلين (أحدهما) في البينة القائمة على الاعسار وهي مسموعة وان تعلقت بالنفي لمكان الحاجة كالبينة على أن لاوارث سوى هؤلاء وعن مالك أنها لاتسمع والنظر في أنها متى تسمع وما صفة

فلو امتنع لأجل القلة كالحبة والحبتين فأنها لاتكال والذرة من الذهب والفضة فأنها لاتوزن فعندنا يمتنع بيعها بمثلها فلا يباع حفنة بحفنة ولا بحفنتين ولا تمرة بتمرتين ولا ذرة من ذهب وفضة بذرة وقال أبوحنيفة يجوز ذلك كله وقد تقدم التنبيه على مأخذنا ومأخذه وضابط مايجوز بيعه بجنسه من سائر المكيلات عند الحنفية أن لا يبلغ نصف صاع فلو بلغه أحدهما دون الآخر امتنع عندهم وفي المسألة تطويلات فى كتب الخلاف لاضرورة الى ايرادها هنا وقد رأيتها فى مباحث الشافعى رضى الله عنه معهم فى الاملاء فنقل عن بعض الناس أنه لابأس بالتمرة بالتمرتين والتمرتين بالاربع عددا وأطال فى البحث معه فى ذلك وألزمه بالموزون وكانه لايقول به ولعل أصحابهم فرعوا ذلك واالتزموه والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ أطلق الرافعى رضى الله عنه والنووى رضى الله عنه هنا أن كل مايتجافى فى المكيال يباع بعضه ببعض وزنا وظاهر ذلك شموله لما علم معيار جنسه علي عهد رسول الله ﷺ

الشهود وعددهم وصيغة شهاداتهم أمامتى تسمع فهى مسموعة وان قامت فى الحال خلافا لأبى حنيفة حيث قال لاتسمع الا بعد مدة ثم هى مقدرة في رواية بشهر وفى أخرى بشهرين وربما ضبطوا بما يغلب على الظن فى مثلها أنه لوكان له مال لاظهره ويختلف ذلك باختلاف أحوال الناس وطباعهم (وأما) الصفة فما يعتبر فى الشهود مطلقا يذكر فى الشهادات ويعتبر مع ذلك كون الشهود من أهل الخبرة الباطنة بطول الجوار وكثرة المجالسة والمخالطة فان الاموال تخفى ولايعرف تفصيلها الا بامثال ذلك ثم إن عرف القاضى أنهم من أهل الخبرة الباطنة فذاك والاجاز له أن يعتمد على قولهم أنا بهذه الصفة ذكره فى النهاية وأما العدد فشاهدان كما فى سائر الامور وفى كتاب الفورانى والمتولى أنه لاتقبل هذه الشهادة الا من ثلاثة لما روى «أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان جائحة أصابت ماله وسأله أن يعطيه من الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجى من قومه» (١) والمذهب الاول والحديث محمول على الاستظهار والاحتياط (وأما) الصيغة فهى أن يقولوا هو معسر لايملك الاقوت يومه وثياب بدنه ولو أضافوا اليه وهو ممن تحل له الصدقة جاز ولايشترط قال فى التتمة ولايقتصرون على أنه لا ملك له حتى لاتتمحض شهادتهم نفيا لفظا ومعنى ويحلف المشهود له مع البينة لجواز أن له مالا فى الباطن والشهود

---

(١) ﴿ حديث ﴾ أن رجلا ذكر للنبى ﷺ جائحة أصابته فسأله أن يعطيه من الصدقة فقال حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجي من قومه * الحديث مسلم من حديث قبيصة بن مخارق الهلالى قال تحملت حمالة فاتيت النبى ﷺ أسأله فيها فقال أقم يا قبيصة حتى تاتينا الصدقة فنامر لك بها ثم قال يا قبيصة أن المسالة لا تحل إلا لأحد ثلاثة فذكرمطولا وفيه ورجل أصابته فاقة حتى يقوم ثلاثة من ذوى الحجي من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسالة *

وما لم يعلم فمقتضاه أن التمر الكبار الذى يتجافى فى المكيال يباع وزنا ولم أرمن صرح به نعم هذا الضابط ذكره غير الرافعي فيما لم يعلم معياره وعبارة التهذيب مطلقة كعبارة الرافعي *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ فان باع صبرة طعام بصبرة طعام وهما لا يعلمان كيلهما لم يصح البيع لما روى جابر رضى الله عنه قال « قال رسول الله ﷺ لاتباع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ حديث جابر المذكور بهذا اللفظ الذي فى الكتاب رواه النسائى وزاد « ولا الصبرة من الطعام بالكيل المسمى من الطعام » وسنده على شرط مسلم ورواه مسلم بلفظ آخر فقال فيه جابر « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر » ورواه الشافعى رضى الله عنه فى الام بهذا اللفظ الذى عند مسلم سواء ومن العجب أن الحاكم ذكره فى مستدركه وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه وكأنه سقط من نسخته من مسلم أو غفل عنه والله أعلم * وانما ذكرت ذلك لئلا يقف أحد على كتاب المستدرك فيظن الوهم في نسبته الى مسلم والله أعلم * وفى رواية عند مسلم لم يذكر من التمر فى آخر الحديث فالاختلاف بين روايتى مسلم والرواية الاولى فى تقييده الصبرة المعينة بالتمر رواية مسلم من الطريقين مقيدة لها والرواية الاولى مطلقة والنسائى روي الوجهين جميعا وترجم على كل منهما بما يناسبه والسند واحد فيهما وليس هذا باختلاف ضار ولعلهما جميعا ثابتان فلا تنافى بينهما لاسيما والاطلاق من لفظ النبى ﷺ والتقييد فى الرواية الاخرى من قول جابر فلعل جابرا حضر النبى ﷺ وقد سئل عن بيع صبرة من التمر غير معلومة المكيال فنهى عنها

اعتمدوا الظاهر وغالب الظن وعن أبي حنيفة أنه لا يحلف وبه قال أحمد وهذا التحليف مستحق أو مستحب فيه قولان ويقال وجهان (الاصح) الاستحقاق وهو ظاهر نصه فى المختصر (وقال) الشيخ أبو حامد الاصح الاستحباب وهو ظاهر نصه فى حرمله والاملاء وعلى التقديرين فهل يتوقف على استدعاء الخصم فيه وجهان (أحدهما) لا كما لو كانت الدعوى على ميت أو غائب وعلى هذا فهو من أداب القضاة (وأظهرهما) نعم كيمين المدعى عليه (الفصل الثانى) انا حيث قلنا يقبل قوله مع يمينه فيقبل فى الحال كما لو أقام البينة فتسمع في الحال قال الامام ويحتمل ان يقال يتأنى القاضى ويبحث عن باطن حاله ولا يقنع بقوله بخلاف ما اذا أقام البينة وحيث قلنا لا يقبل قوله الا بالبينة فادعى ان الغرماء يعرفون إعساره فله تحليفهم على نفى فان نكلوا احلف وثبت اعساره وان حلفوا حبس ومهما ادعى ثانيا وثالثا انه بان لهم اعساره فله تحليفهم قال فى التتمة الا أن يظهر للقاضى انه يقصد الايذاء واللجاج و إذا حبسه فلا يغفل عنه بالكلية فلو كان غريبا لا يتأتى له إقامة البينة فينبغى أن يوكل به القاضى من يبحث عن منشئه ومتقلبه

وذكر ﷺ إما في ذلك الوقت واما فى غيره لفظا شاملا تندرج فيه تلك الصبرة وغيرها وروى الامران عنه فلا يكون ذلك من الباب الذى نحن فيه حمل المطلق على المقيد و إنما يصح ذلك لو كان الكلامان من قول النبي ﷺ وحينئذ يبقى النظر في أن حمل المطلق على المقيد يختص بالاثبات كما نبه عليه بعض الاصوليين ولا مجال له فى النفى وهذان اللفظان مثال لذلك أو يقال ان المطلق يحمل على المقيد مطلقا ولو فرضنا أنه لم يمكن الجمع المذكور وان الصادر من النبى ﷺ أحدهما فقط وأن ذلك اختلاف فى الزواية فالاخذ باللفظ المنسوب الى النبى ﷺ أولى من الاخذ باللفظ الذى عبر به الراوى عنه ولولم يحصل الترجيح المذكور ولم يثبت الا الرواية المقيدة لكان القياس الجلي ويدل على أنه لافرق بين التمر وغيره والله أعلم * ولفظ الحديث عام والمراد به خاص وهو ما اذا كانتا غير معلومتين بدليل الرواية الاخرى والله أعلم * اذا عرف ذلك فاذا باع صبرة من طعام بصبرة من طعام وهما لايعلمان كيلهما فاما أن يكون الصبرتان من جنس واحد أولا فان كانتا من جنس واحد لم يجز نقل ابن المنذر الاجماع على ذلك والحديث المذكور حجة له ولهذا نقول ان الجهل بالمماثلة كحقيقة

ويفحص عن أحواله بحسب الطاقة واذا غلب على ظنه افلاسه شهد به عند القاضى كيلا تتخلد عليه عقوبة الحبس ومتى ثبت الاعسار وخلاه الحاكم فعاد الغرماء بعد أيام وادعوا أنه استفاد مالا وأنكر فالقول قوله وعليهم البينة فان أتوا بشاهدين قالا رأينا فى يده مالا يتصرف فيه أخذه الغرماء فان قال أخذته من فلان وديعة أو مضاربة وصدقه المقر له فهوله ولا حق للغرماء فيه وهل لهم تحليفه على أنه لم يواطىء المقر له وأنه أقر عن تحقيق فيه وجهان (أصحهما) المنع لانه لو رجع عن اقراره لم يقبل فلا معني لتحليفه وان كذبه المقر له صرف اليهم ولا يلتفت الى اقراره لانسان آخر وان كان المقر له غائبا وقف حتى يحضر الغائب فان صدقه أخذه والا أخذه الغرماء (وأما) لفظ الكتاب فقوله وان أقام بينة على اعساره سمعت معلم ـ بالميم ـ وقوله فى الحال ـ بالحاء ـ لما مر وقوله للخصم أن يحلفه مع الشهادة ـ بالحاء والالف ـ ثم هو جواب على ان اليمين مستحقة فيصح إعلامه ـ بالواو ـ أيضا ويوضحه قوله فهل يجب علي القاضى أذنا فى قضائه فانه جعل الوجوب معروفا عنه ونتكلم في أنه هل يشترط له طلب الخصم قال الامام والخلاف فيما اذا سكت فاما اذا قال لست أطلب يمينه ورضيت باطلاقه فلا خلاف فى أنه لايحلف *

قال ﴿ والصحيح أنه يحبس فى دين ولده لأنه لولم يحبس فيؤدى الى أن يفر ويمتنع عن الأداء ويعجز عن الاستيفاء ﴾ *

فى حبس الوالدين بدين الولد وجهان (اصحها) عند صاحب الكتاب أنه يحبس والا لأقر وامتنع عن الأداء وحينئذ يعجز الابن عن استيفاء الدين ويضيع حقه (والثانى) لا يحبس لأن الحبس نوع عقوبة

المفاضلة

المفاضلة ولايجوزذلك جزافا ولا بالتحري والحذر والتخمين ونقل القاضي ابو الطيب والمحاملي وغيرهما عن مالك أنه أجاز ذلك فى البادية والسفر في المكيل دون الموزون لان البادية يتعذر فيها وجود المكيال وأجاب القاضي بمنع ذلك لان الكيل يمكن بالاناء والقصعة والدلو وحفر حفيرة يكيل فيها وغير ذلك واتفق أكثر العلماء على خلاف هذا وانه لايجوز البيع فى ذلك جزافا ولا بالحذر والتخمين والتحرى بل لابد من العلم سواء خرجتا متماثلتين أم لا نص عليه الشافعي رحمه الله فى الام والاصحاب أما اذاظهر التفاضل فظاهر وأما اذا خرجتامتماثلتين فاحتجواله بان التساوي شرط وشرط العقد يعتبر العلم به عند العقد ألا ترى أنهلو نكح امرأة لايدرى أهى معتدة أم لا أو هى أخته من الرضاع أم لا لايصح النكاح وقد يعترض على هذا بأن بقية شروط المبيع كالملك وشبهه لايشترط العلم بها ألا ترى انه لو باع مال أبيه على ظن أنه حى فاذا هو ميت صح على الاصح فالاولى التمسك بالحديث فالمماثلة شرط والعلم بها شرط آخر وانما كان كذلك دون بقية الشروط فى المبيع كالملك وما أشبهه حيث يشترط وجوده فقط لاالعلم به على الصحيح من المذهب للاحتياط فيما أصله التحريم فلما كان الاصل فى الربويات وفى الابضاع التحريم اشترط فيها العلم بالشروط والاصل فى البيع الحل فلذلك صح فى بيع المال الذى يظنه لابيه اذا تبين خلافه ونقل عن زفر رحمه الله أنه اذا خرجتا متماثلتين صح وعن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يصح ان علما التساوى قبل التفرق وزفر لم يشترط ذلك بل حكم بالصحة سواء حصل العلم قبل التفرق أو بعده والحديث حجة عليهما وكل ماقلناه فى الصبرة بالصبرة جار بعينه في الدراهم بالدراهم وفى الدنانير بالدنانير وفى كل ربوي بجنسه صرح الأصحاب بذلك ولأجل جزم الاصحاب بالمنع فى ذلك رد القاضي حسين على من يقول من الاصحاب

ولا يعاقب الوالد بالولد قال فى التهذيب وهذا أصح ولمن قال به أن يمنع عجز الابن عن الاستيفاء بل اذا ثبت له مال عند القاضى أخذه قهرا وصرفه الى دينه وعلى الوجهين لافرق بين دين النفقة وغيرها ولا بين أن يكون الولد صغيرا أو غيره وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لايحبس الا فى نفقة الولد إذا كان صغيرا أوزمنا فيمكن اعلام قوله يحبس ـ بالحاء ـ لذلك *

قال ﴿ الحكم الرابع الرجوع (ح) إلى عين المبيع لقوله عليه السلام «أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه» *ويتعلق الرجوع بثلاثة أركان (العوض) (والمعوض) (والمعاوضة) ﴿أما العوض﴾ وهو الثمن فله شرطان (الأول) أن يتعذر استيفاؤه بالأفلاس فلو وفى المال به فلا رجوع* وإن قدمه الغرماء فله الرجوع لأن فيه منة وغرر ظهور غريم آخر* ولا رجوع (و) إذا تعذر بامتناعه بل يستوفيه القاضى * ولو انقطع جنسه ومنعنا الاعتياض عن الثمن فله الفسخ كما فى انقطاع المسلم فيه (الثانى) الحلول ولا رجوع الا إذا كان الثمن حالا ولا يحل الأجل بالفلس على الأصح ﴾*

إن علة الطعم والشرط عدم التساوى فى المعيار وقال ابن الرفعة رحمه الله إن هذا القائل قد يقول بالجواز ونظره بيع مال ظنه لأبيه وكان لنفسه لموت أبيه قبل بيعه (قلت) وهذا التخريج مردود فان الاصحاب متفقون على المنع والحديث حجة فيه وما نقله ابن المنذر من الاجماع ان ثبت ولم يصح قول زفر فالوجه الجواب عن بيع ماظنه لأبيه والفرق بين المسألتين لأن يطلب تخريج على خلاف قول الاصحاب والله أعلم * وان كانتا من جنسين كتمر بزبيب أو حنطة وشعير وتبايعاهما جزافا جاز استدلالا بقوله ﷺ « فاذ اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم » ولمفهوم الرواية الأولى من روايتي مسلم المتقدمة التى فيها بالكيل المسمى من التمر فتقييده بذلك يدل على أنه لو باعها بجنس غير التمر لجاز وهذا التقييد هنا زيادة من الراوى يجب قبولها وليس فيها من البحث ماتقدم كما لايخفى على متأمل * هذا مذهبنا ومذهب أكثر العلماء قال الشافعى رضى الله عنه لان أصل البيع إذا كان حلالا (١) بجزف وكانت لزيادة إذا اختلف الصنفان حلا فليس فى الجزاف معنى أكثر من أن يكون أحدهما أكثر من الآخر ونقل عن أحمد كراهة ذلك ومنعه جماعة من أصحابه قالوا لأن النبى ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة وذكر أبو الحسن على بن محمد الطبرى المعروف بالكتا من أصحابنا هذه المسألة فى كتابه الذى صنفه فى بعض مفردات احمد قال فاذا اختلف الجنس جاز بيع احدهما بالآخر مجازفة كالدراهم بالدنانير جزافا والحنطة والشعير صبرة بصبرة وجوز أحمد رضى الله عنه بيع المكيل بالموزون جزافاً كبيع صبرة من حنطة بصبرة من الدراهم وانما خالف فى بيع مايكال بما يكال او ما يوزن بما يوزن جزافاً وروى عن جابر قال « نهى رسول الله ﷺ ان تباع الصبرة بالصبرة من الطعام ولا يدرى ما كيل هذا وهذانص فى الصبر وعام فى

(١) كذا بالاصل فحرر

من حجر عليه بالأفلاس ووجد من باع منه ولم يقبض الثمن وعين متاعه عنده فقد ذكرنا أن له أن يفسخ البيع ويأخذ عين ماله وهل يكون هذا الخيار على الفور فيه وجهان (أحدهما) لا كخيار الرجوع فى الهبة من الولد (وأصحهما) نعم لأنه خيار فسخ ثبت لدفع الضرر فليكن على الفور كخيار العيب وخيار الخلف فعلى هذا اذا علم الحجر ولم يفسخ بطل حقه من الرجوع وعن القاضى الحسين أنه لا يمنع تأقيته بثلاثة أيام كما هو أحد الأقوال فى خيار المعتقة تحت رقيق وفى الشفعة وهل يفتقر هذا الخيار إلى إذن الحاكم أم يستبد به الفاسخ فيه وجهان (أحدهما) يفتقر إلى إذنه لأنه فسخ مختلف فيه كالفسخ بالاعسار (وأشبههما) أنه لاحاجة إليه لأنه ثابت بالسنة الصحيحة فصار كخيار العتق ولوضوح الحديث ذهب الاصطخرى الى أنه لو حكم حاكم بالمنع من الفسخ نقض حكمه ولا يحصل الفسخ ببيع البائع واعتاقه ووطئه الجارية المبيعة على أصح الوجهين وتلغو هذه التصرفات وصيغة هذه التصرفات وصيغة الفسخ كقوله فسخت البيع

الجنس والجنسين قال وتعلقهم بهذا باطل فانه إذا جعل الجهل مانعا فالنهي بالتساوي لا يزيد
على العلم بالتفاضل فحيث جوز الشرع التفاضل وقال اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم فلا
وجه لمنع المجازفة فدل على ان المراد به إذا اتحد الجنس والذي ذكرناه من التأويل هو مأخذنا وهو
المقطوع به انتهى * على ان ابن قدامة الحنبلي في كتابه المغني بعد ان ذكر ما روى عن احمد
وقول المانعين من اصحابهم رد القول بالمنع ورجح الجواز وقال اذا كان حقيقة الفضل لا تمنع فاحتماله
أولى أن لا يكون مانعاً قال وحديثهم أراد به الجنس الواحد فلهذا جاء في بعض الفاظه نهى أن تباع
الصبرة لا يعلم مكيلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر وكما يجوز أن يتبايعا ذلك مجازفة يجوز أن يتبايعا
المكيل موزوناً والموزون مكيلا عند اختلاف الجنس نص عليه الشافعي وذلك مما لا يخفي ولنرجع
الى الفاظ الكتاب (قوله) صبرة طعام بصبرة طعام أي من جنسه وحذف ذلك لأن كلامه
السابق في بيع الجنس الواحد بعضه ببعض فأغنى عن تقييده وأيضا فان الطعام في عرف أهل بغداد

ونقضته ورفعته لا يخفى * ولو اقتصر على قوله رددت الثمن أو فسخت البيع فقد حكي الأمام فيه اختلافا
للاصحاب ووجه المنع بان حق الفسخ فيه أن يضاف الى المرسل ثم اذا انفسخ العقد ثبت مقتضاه والاصح
الاكتفاء به ثم حق الرجوع للبائع لا يثبت على الاطلاق بل هو مشروط بشروط يجب معرفتها ولا
يختص الرجوع بالبيع بل يجرى في غيره من المعاوضات ويتبين الغرض بالنظر في العوض المتعذر تحصيله
والمعوض المسترجع والمعاوضة التي بها انتقل الملك الى المفلس فلذلك قال ويتعلق الرجوع بثلاثة أركان
العوض والمعوض والمعاوضة (وقوله) أما العوض فهو الثمن يعني في البيع ويقاس عليه العوض في سائر المعاوضات
ويعتبر فيه شيئان (احدهما) أن يتعذر استيفاؤه بسبب الأفلاس وفيه صور (أحدها) اذا كان ماله وافيا
بالديون وحجر القاضي عليه تفريعا على جواز ذلك ففي ثبوت الرجوع وجهان (أحدهما) وهو المذكور
في الكتاب أنه لا يرجع لانه يصل الى الثمن (والثاني) يرجع لانه لو رجع لما أمن أن يظهر غريم آخر يزاحمه
فيما اخذ (الثانية) لو قال الغرماء نفسخ لتقدمك بالثمن لم يلزمه الاجابة خلافا لمالك لان فيه تحمل منه
وأيضا فربما يظهر غريم آخر فيزاحمه فيما أخذ وفيه وجه أنه لا يبقى له الرجوع تخريجا مما اذا حجر عليه
الحاكم وفي ماله وفاء ولو قالوا نؤدي الثمن من خالص أموالنا أو تبرع به أجنبي فليس عليه الاجابة
أيضا ولو أجاب ثم ظهر غريم آخر لم يزاحمه في المأخوذ * ولو مات المشترى فقال الوارث لا ترجع حتى
أقدمك على الغرماء لم يلزمه القبول أيضا ولو قال أؤدي الثمن من مالي فوجهان (أحدهما) وبه أجاب في التتمة أن
عليه القبول وترك الفسخ لان الوارث خليفة المورث فله تخليص المبيع (الثالثة) لو امتنع المشترى من تسليم الثمن مع
اليسار أو هرب أو مات مليئا وامتنع الوارث من التسليم فاصح الوجهين أنه لا فسخ لانه لم يوجد عيب الافلاس

والعراق يختص بالقمح فلذلك كثيراً مايذكره الفقهاء العراقيون و يريدون ذلك وكذلك الحكم لو باع صبرة دراهم بصبرة دراهم وهما لا يعلمان وزنهما أو ذهبا بذهب كذلك فلو حذف لفظة الطعام كان أشمل لكنه قيد بذلك ليكون الحديث الذي استدل به منطبقا على دعواه وافيا بمقصوده (وقوله) وهما لا يعلمان ظاهره أن كلا منهما لا يعلمه لان دلالة الضمائر كلية كالعام ولأن النفي اذا ماتأخر عن صيغة العموم أفاد الاستغراق ولا فرق في الحكم بين أن لا يعلما وأن يعلم أحدهما دون الآخر وقد نقل ابن المنذر في الصبرة اذا علم البائع كيلها دون المبتاع أن عطاء وابن سيرين وعكرمة ومجاهداً ومالكا وأحمد واسحق كرهوا ذلك وأن الشافعي أجازه جزافا واذا عرف كيله أحب اليه ومراده إذا باعها بالدراهم بغير جنسها والا فبيع الصبرة بجنسها لا يجيز الشافعي رضى الله عنه فيه الجزاف نعم اذا علم البائع كيلها وأخبر به المشترى فاعتمد عليه فمقتضي كلام الشافعي الجواز (وقوله) لا يعلمان كيلها أفرد الضمير وهو صالح لان يعود على الصبرة المعينة وعلى الصبرة التى هى ثمن والحكم شامل لهما لا فرق بين أن

والتوصل إلى الاستيفاء بالسلطان ممكن فان فرض عجز عن النذور فذلك مما لا عبرة به (والثانى) له الفسخ لتعذر الوصول إلى الثمن ولو كان قد ضمن الثمن ضامن فأن ضمن بأذن المشترى فليس له الرجوع على المشترى لأنه ليس بمتبرع على المشترى والوصول من بده كالوصول من يد المشتري وان ضمن بغير إذنه فوجهان (في أحدهما) يرجع كما لو تبرع متبرع بالثمن (وفي الثاني) لا لان الحق قد تقرر في ذمته وتوجهت المطالبة عليه بخلاف المتبرع * ولو أعير من المشترى مايرهنه بالثمن فرهنه فعلي الخلاف (وأما) قوله فلو انقطع جنسه ومنعناه الاعتياض عن الثمن فله الفسخ كما فى انقطاع المسلم فيه فاعلم أن هذه المسألة هى كالغريبة فى الباب وأذكر سبب ايرادها فيه بعد بيان فقهها أما ذكرنا قولين فى جواز الاستبدال عن الثمن فى الذمة فان منعنا الاستبدال عنه وانقطع جنسه كان كانقطاع المسلم فيه وانقطاع المسلم فيه أثره ثبوت حق الفسخ فى أصح القولين والانفساخ فى الثانى فكذلك ههنا وان جوزنا الاعتياض والاستبدال فلا تعذر في استيفاء عوض عنه (وقوله) فله الفسخ اقتصار منه على ذكر أصح القولين (وأما) سبب الايراد فى هذا الموضع فأمران (أحدهما) أنه لما جعل الشرط التعذر بسبب الافلاس تكلم فى التعذر بغير هذا السبب كامتناع المشترى وانقطاع جنس الثمن و بين حكم كل قسم منها (والثانى) أن الاصحاب احتجوا على ثبوت حق الفسخ بالافلاس بالقياس على تعذر تحصيل المسلم فيه بالانقطاع والجامع أنه أحد عوضي العقد فقيل لهم لو كان الثمن كالمسلم فيه لاقتضى انقطاعه مايقتضي انقطاع المسلم فيه فاجابوا بما حكيناه أنه ان جاز الاستبدال فلا تعذر والا فلا فرق (الثانى) كون الثمن حالا فلا رجوع اذا كان الثمن مؤجلا لانه لا مطالبة فى الحال (وقوله) ولا يحل الاجل بالفلس على الاصح مكرر قد ذكره مرة فى أول الباب (وقوله) ولو حل أجله قبل انفكاك الحجر فقد ذكرناه ثم و بينا أن من الاصحاب من

يجهل كلتا الصبرتين أو احداها نص عليه الشافعي رحمه الله والأصحاب ودليله الرواية المتقدمة عن مسلم « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر لايعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر » *

﴿ فرع ﴾ لو باع ديناراً بدينارين ممن كاتبه كتابة فاسدة ولم يعلم فسادها لايجوز كما لو تزوج ممن لاتحل له ظاهراً ثم انكشف أنها تحل له لايصح النكاح قاله الروياني في البحر والحكم صحيح لكن قول الروياني إنه لايجوز إما أن يريد به لايصح أو لا يحل فان أراد نفي الصحة فعدم الصحة حاصل سواء كانت الكتابة فاسدة أم صحيحه وسواء علم السيد بها أم جهل فلا لتشبيهها بمسألة النكاح وان أراد بعدم الجواز عدم الحل فهذه المعاملة اذا صدرت من السيد مع عبده القن حكمها حكم العقود الفاسدة فان حكمنا بأن تعاطي العقود الفاسدة حرام وهو الحق اذا أريد بها تحقيق معناها المنهي عنه شرعا فحينئذ هذه

قال لو حل الأجل وهو محجور عليه لم يكن للبائع الفسخ والرجوع أيضا ويجوز أن يعلم قوله فلا رجوع الا اذا كان الثمن حالا ـ بالواو ـ لوجه أثبتناه هناك تفريعا على أن الديون المؤجلة تحل بالفلس وأعلم قوله في أول الفصل الرجوع الى عين المبيع ـ بالحاء ـ لما مر من مذهب أبي حنيفة *

قال ﴿ وأما المعاوضة فلها شرطان (الأول) أن تكون معاوضة محضة فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والصلح بتعذر استيفاء العوض * ويثبت في الاجارة والسلم فيثبت الرجوع الى رأس المال عند الافلاس ان كان باقياً * والمضاربة بقيمة المسلم فيه ان كان تالفاً * ثم يشترى بقيمته جنس حقه * ولا يجوز الاعتياض عن المسلم فيه * واذا أفلس المستأجر بالاجرة رجع المكرى إلى عين الدابة أو الدار المكراة * فان كان في بادية نقله إلى مأمن بأجرة مثله يقدم بها على الغرماء * وان كان قد زرع الأرض ترك زرعه بعد الفسخ بأجرة يقدم بها على الغرماء اذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء * وان أفلس المكرى بعد تعين ما أكراه فلا فسخ بل يقدم المستأجر بالمنفعة لتعلق حقه بعين الدابة كما يقدم المرتهن * وان كانت الاجارة واردة على الذمة فله الرجوع الى الاجرة إذا بقيت بعينها أو المضاربة بقيمة المنفعة لتحصل له المنفعة ﴾ *

يعتبر في المعاوضة التي يثبت بها الفسخ شيئان (أحدهما) أن تتمحض معاوضة وقصد صاحب الكتاب بهذا القيد اخراج بعض التصرفات وادخال بعضها أما المخرج فقد قال فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والصلح لتعذر استيفاء العوض وهذا قد يتجاوز عنه لاعتقاد أنه في غاية الوضوح لكن فيه وقفة منكرة لأنه ان أراد به أن المرأة لاتفسخ النكاح بتعذر استيفاء الصداق ولا الزوج

المعاملة بين السيد ومكاتبه لاتحل سواء علم بفساد الكتابة أم لم يعلم فلايصح تشبيهها بمسألة النكاح المذكورة وان قيل بان تعاطى العقود الفاسدة ليس بحرام وانه يجوز للسيد أن يبيع من عبده القن ديناراً بدينارين فالوجه القطع هنا بالتحريم ثم أيكفي حصول الاثم لان ذلك دائر مع الظن وجوداً وعدماً وقد أقدم على العقد ههنا مع ظنه تحريمه فيأثم وليس ذلك أيضاً كما اذا باع مال أبيه على ظن أنه حي فاذا هو ميت لان الكلام فى تلك المسألة فى الصحة لا فى الحل فقد تبين أن الفساد كما قال الرويانى أنه لايجوز وأن التشبيه فيه نظر والله أعلم *

الخلع ولا العافى الصلح بتعذر استيفاء العوض فهو مستمر فى الصورتين الاخيرتين لكنه فى النكاح يبني على الخلاف فى أن الاعسار بالصداق هل يثبت الفسخ والقول فى ذلك الخلاف والأصح منه موضعه باب الاعسار وان أراد به ان الزوج لايفسخ النكاح إذا لم تسلم نفسها وتعذر الوصول اليها فهذا واضح لكن لايفرض مثله فى الخلع والعفو اذ ليس العوض فى الخلع الا البينونة وفى العفو الا براءة الذمة عن القصاص وهذا لايتصور فيه التعذر مع صحة الخلع والعفو * وأما المدخل فهو السلم والاجارة فانهما معاوضتان محضتان أما السلم فاذا أفلس المسلم اليه قبل توفية المسلم فيه لم يخل اما أن يكون رأس المال باقيا أو تالفا أو بعضه باقيا و بعضه تالفا (الحالة الأولى) أن يكون باقيا فللمسلم فسخ العقد والرجوع الى رأس المال كما ذكرنا فى البائع فان أراد ان يضارب مع الغرماء بالمسلم فيه ولا يفسخ فسنتكلم فى كيفية المضاربة ان شاء الله تعالى (الثانية) أن يكون رأس المال تالفا فوجهان (أحدهما) ويحكى عن أبى اسحق أن للمسلم فيه فسخ العقد والمضاربة مع الغرماء برأس المال لانه تعذر عليه الوصول الى تمام حقه فليمكن من فسخ السلم كما لو انقطع جنس المسلم فيه وهذا ما أورده القاضى ابن كج والصيدلانى وعلى هذا فهل يجيء قول حاكم بانفساخ السلم كما في انقطاع المسلم فيه (قيل) نعم اتماما للتشبيه (وقيل) لا لانه ربما حصل باستقراض وغيره بخلاف صورة الانقطاع (وأصحهما) أنه لاينفسخ كما لو افلس المشترى بالثمن والمبيع تالف وليس كالانقطاع لان ثم اذا فسخ رجع الى رأس المال بتمامه وههنا اذا فسخ ليس له الا المضاربة برأس المال ولو لم يفسخ لضارب بالمسلم فيه فانه أنفع لأن الغالب زيادة قيمة المسلم فيه علي رأس المال فعلى هذا يقوم المسلم فيه و يضارب المسلم بقيمته مع الغرماء فاذا عرفت حصته نظر ان كان فى المال من جنس المسلم فيه صرف اليه والا اشتري بحصته منه وسلم اليه فان الاعتياض عن المسلم فيه ممتنع هذا اذا كان رأس المال تالفا ولم يكن جنس المسلم فيه منقطعا فان كان تالفا وانقطع جنس المسلم فيه ففى وجه ليس للمسلم فسخ العقد أيضا لانه لابد من المضاربة فسخ أو لم يفسخ وان فسخ فبرأس المال والا فبالمسلم فيه وانما يفسخ بالافلاس حتى يتخلص عن المضاربة (والاصح) أنه يثبت حق الفسخ

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وان باع صبرة طعام بصبرة طعام صاعا بصاع فخرجتا متساويتين صح البيع وان خرجتا متفاضلتين ففيه قولان (أحدهما) أنه باطل لانه بيع طعام بطعام متفاضلا (والثانى) أنه يصح فيما تساويا فيه لانه شرط التساوى فى الكيل ومن نقصت صبرته فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يمضيه بمقدار صبرته لانه دخل على أن يسلم له جميع الصبره ولم يسلم له فثبت له الخيار ﴾

﴿ الشرح ﴾ بيع الصبرة بالصبرة له حالتان (احداهما) أن يكون جزافا وقد تقدم حكمه (والثانى) أن يكون مكايلة كما اذا باع صبرة طعام بصبرة طعام صاعا بصاع والكلام الآن فيه والمسألة هكذا كما ذكرها المصنف رحمه الله منصوص عليها فى الام فى باب المزابنة قال الشافعى رضى الله عنه فلو عقدا بيعهما أن يتكايلا هذين الطعامين جميعاً باعيانهما مكيالا بمكيال فتكايلا فكان مستويين جاز وان كانتا متفاضلتين فقولان (أحدهما) أن للذى نقصت صبرته الخيار فى رد البيع لانه بيع شىء فلم يسلم له لانه لايحل له أخذه أو رد البيع (والقول الثانى) أن البيع

ههنا لأن الفسخ بالانقطاع يثبت فى حق غير المحجور عليه وما يثبت فى حق غيره يثبت فى حقه كالرد بالعيب وفيه فائدة فان مايخصه لو فسخ لصرف اليه في الحال عن جهة رأس المال وما يخصه لو لم يفسخ لايصرف اليه بل يوقف الى أن يعود المسلم فيه فيشترى به* ثم ههنا فرعان (أحدهما) اذا قومنا المسلم فيه فوجدنا قيمته عشرين وأفرزنا من المال للمسلم عشرة لكون الديون ضعف المال فرخص السعر قبل الشراء ووجدنا بالعشرة جميع المسلم فيه فوجهان (أحدهما) وهو ماأورده ابن الصباغ أنا نرد الموقوف الى مايخصه باعتبار قيمته أجزاء فيصرف اليه خمسة والخمسة الباقية توزع عليه وعلى سائر الغرماء وذلك لان الموقوف لم يدخل فى ملك المسلم بل هو باق على ملك المفلس وحق المسلم فى الحنطة لا فى ذلك الموقوف فاذا صارت القيمة عشرة فليس دينه الا ذلك (والثانى) وهو ماأورده فى التهذيب أن يشترى به جميع حقه و يسلم اليه اعتبارا بيوم القسمة والموقوف وان لم يملكه المسلم لكنه صار كالمرهون بحقه وانقطع حقه عن غيره من الحصص حتى لو تلف قبل التسليم لم يتعلق بشىء مما عند الغرماء وكان حقه فى ذمة المفلس ولا خلاف فى أنه لو فضل الموقوف عن جميع حق المسلم كان الفاضل للغرماء وليس له أن يقول مازاد لى ولو وقفنا فى الصورة المعروضة عشرة فغلا السعر ولم نجد القدر الذى كنا نتوقعه الا باربعين فعلى الوجه الأول بان أن الدين أربعون فيسترجع من سائر الحصص ماتم به حصص الأربعين وعلى الثانى لايزاحمهم وليس

مفسوخ لأنه وقع على شيء بعضه حرام و بعضه حلال فالبيع مفسوخ وبهذا أقول والقول الذى حكيت ضعيف ليس بقياس و إنما يكون له الخيار فيما نقص قيما لأن فى الزيادة بعضه على بعض فاما فيما فيه ربا فقد انعقد البيع على الكمال فوجدنا البعض محرما أن يملك بهذا العقد فكيف يكون له الخيار فى أن ياخذ بعض بيعته وفيها حرام هذا لفظ الشافعى رحمه الله بحروفه وتبعه أصحابه على ذلك القاضى أبو الطيب والقاضى الحسين والمحاملى والفورانى والشيخ أبو محمد والرافعى والمرانى وآخرون كلهم جزموا بالصحة فيما إذا خرجتا متساويتين قال الشيخ أبو محمد فى السلسلة جائز قولا واحداً وأغرب الشاشى فقال فى الحلية ان خرجتا متساويتين وقلنا عند التفاضل يبطل فههنا وجهان (أحدهما) يبطل قال وليس بشىء وينبغى

له ألاما وقف له وقد نسب صاحب النهاية الوجه (الثانى) الى الجماهير والأول الى القاضى الحسين وعكس أبو سعد المتولى فنسب (الثانى) الى القاضى والله أعلم • الثانى لو تضاربوا وأخذ المسلم بما خصه قدرا من المسلم فيه وارتفع الحجر عنه ثم حدث له مال وأعيد الحجر واحتاجوا الى المضاربة ثانيا قومنا المسلم فيه فأن وجدنا قيمته كقيمته أولا فذاك وان زادت فالتوزيع الآن يقع باعتبار القيمة الزائدة و إن نقصت فالاعتبار بالقيمة الثانية أم بالأولى فيه وجهان عن رواية احمد صاحب التقريب (أصحهما) الأول قال الأمام ولا أعرف للثانى وجها ولو كان المسلم فيه ثوبا أو عبدا بحصة المسلم يشترى منه شقص للضرورة وإن لم يوجد فللمسلم الفسخ (الحالة الثالثة) ان يكون بعض رأس المال باقيا و بعضه تالفا فهو كما لو تلف بعض المبيع دون بعض وسنذكره ان شاء الله تعالى (وأما) الاجارة فنتكلم فى افلاس المستأجر ثم فى افلاس المكرى (القسم الأول) افلاس المستأجر والاجارة على نوعين (أحدهما) الاجارة الواردة على العين فاذا أجر أرضا أودابة وأفلس المستأجر قبل تسليم الاجرة ومضت المدة فللمكرى فسخ الاجارة تنزيلا للمنافع فى الاجارة منزلة الأعيان فى البيع وذكر الامام أن صاحب التقريب حكى قولا أنه لا يثبت الرجوع فى المنافع ولا تنزل منزلة الأعيان القائمة اذ ليس لها وجود مستقر والمذهب الاول فان لم يفسخ واختار مضاربة الغرماء فله ذلك وحينئذ ان كانت العين المستأجرة فارغة أجرها الحاكم على المفلس وصرف الاجرة الى الغرماء ولو كان التفليس بعد مضى بعض المدة فللمكرى فسخ الاجارة فى المدة الباقية والمضاربة مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الاجرة المسماة بناء على أنه لو باع عبدين فتلف أحدهما ثم افلس يفسخ البيع فى الباقى و يضارب بثمن التالف واذا افلس مستأجر الدابة فى خلال الطريق وحجر عليه ففسخ المكرى لم يكن له ترك متاعه فى البادية المهلكة ولكن ينقله الى مأمن بأجرة مثل يقدم بها على الغرماء لانه لصيانة ماله وايصاله الى الغرماء فاشبه أجرة الكيال والحمال وكرى المكان المحفوظ فيه ثم فى المأمن يضعه عند الحاكم ولو وضعه عند عدل من غير اذن الحاكم فوجهان مذكوران فى نظائره ولو فسخ والارض المستأجرة مشغولة بزرع المستأجر نظران استحصد

أن يتوقف فى أثبات هذا الخلاف فى متا بع فانى أخشى أن يكون حصل فى ذلك وهم وانتقال من الفرع الذى سيأتى اذا تقابضا مجازفة وتفريقا ثم تكايلا وخرجتا سواء فهناك وجهان والله أعلم • وقد يستشكل الجزم بالصحة فى ذلك فان العلم بالمماثلة حالة العقد لم يوجد وهو شرط كما تقدم وحصول العلم فى المجلس لا يكفى عندنا بدليل مالو تبايعا جزافا ثم ظهر التساوي في المجلس لا يكفى وان تخيل متخيل أن المقصود مقابلة كل صاع بصاع لا مقابلة المجموع بالمجموع فذلك باطل بل المقابلتان مقصودتان وانطباق الجملة على التفصيل غير معلوم عند العقد فيندرج تحت قوله ﷺ ولا تباع الصبرة من الطعام

الزرع فله المطالبة بالحصاد وتفريغ الأرض والا فان اتفق المفلس والغرماء على قطعه قطع وان اتفقوا علي التبقية الى الادراك فلهم ذلك بشرط أن يقدموا المكرى باجرة المثل لبقية المدة محافظة للزرع على الغرماء وان اختلفوا فاراد بعضهم القطع والبعض التبقية فعن أبى اسحق أنه يراعى مافيه المصلحة (والمذهب) أنه ينظر ان كان له قيمة لو قطع فيجاب من يريد القطع من المفلس والغرماء إذ ليس عليه تنمية ماله لهم ولا عليهم الصبر الى أن ينمو ماله فعلى هذا لو لم يأخذ المكرى أجرة المدة الماضية فهو أحد الغرماء فله طلب القطع وان لم يكن له قيمة لو قطع فيجاب من يريد التبقية إذ لا فائدة لطالب القطع فيه واذا أبقوا الزرع بالاتفاق أو بطلب بعضهم حيث لم يكن للمقطوع قيمة فالسقى وسائر المؤن ان تطوع الغرماء أو بعضهم أو اتفقوا عليها علي اقدار ديونهم فذاك وان أنفق عليها بعضهم ليرجع فلا بد من اذن الحاكم أو اتفاق الغرماء والمفلس واذا حصل الاذن قدم المنفق بقدر النفقة لأنه لاصلاح لزرع وكذا لو انفقوا على قدر الديون ثم ظهر غريم آخر قدم المنفقون بما أنفقوا وهل يجوز الانفاق عليه من مال المفلس فيه وجهان (أظهرهما) الجواز (ووجه المنع أن حصول الفائدة موهوم (والنوع الثانى) الاجارة على الذمة ونريد منها النظر إلى هذه الاجارة هل تعطى حكم السلم حتى يجب فيها تسليم رأس المال فى المجلس أم لا (ان قلنا) لا فهى كالاجارة على العين (وان قلنا) نعم فلا أثر للافلاس بعد التفرق لصيرورة الأجرة مقبوضة قبل التفرق ولو فرض التفليس فى المجلس فان أثبتنا خيار المجلس ففيه غنية عن هذا الخيار والا فهى كما فى اجارة العين (القسم الثانى) افلاس المكرى والكلام فى اجارة العين ثم فى الاجارة على الذمة (أما) النوع الأول فاذا أجر دابة أو دارا من انسان ثم أفلس فلا فسخ للمستأجر لأن المنافع المستحقة له متعلقة بعين ذلك المال فيقدم بها كما يقدم حق المرتهن وكما لو باع شيئا ثم أفلس فان المشترى أحق بما اشتراه ثم اذا طلب الغرماء بيع العين المستأجرة ينزع ذلك على جواز بيع المستأجر ان معناه لم يجبهم وعليهم الصبر الى انقضاء المدة وان جوزناه اجيبوا ولا مبالاة بما ينقص من

بالصبرة من الطعام» ونهيه عن بيع الصبرة من التمر لايعلم بكيلها وقد يعتذر عنه بانه لما كانت المكايلة هنا مشترطة واجبة على البائع اكتفى بها وفارق بذلك التبايع جزافا فأن الكيل ليس واجبا فيه بحكم العقد فبطل وهذا العذر لايفيد قوله وإن خرجنا متفاضلين فقولان كما تقدم فى ذلك كلام الشافعى وقد رجح رضى الله عنه فى كلامه الذى تقدم القول بالبطلان ولذلك قال البندنيجى فيما حكى عنه أنه المذهب وصححه البغوى فى التهذيب وخالف ابن أبى عصرون فصحح في الانتصار وجزم فى المرشد والاحكام المختارة

ثمنه بسبب الاجارة اذ ليس على الغرماء الصبر الى أن يزداد مال المفلس (وأما) النوع الثانى فاذا التزم فى ذمته نقل متاع من بلد الى بلد ثم أفلس نظر ان كانت الاجرة باقية فى يد المفلس فله فسخ الاجارة والرجوع الى عين ماله وان كانت تالفة فلا فسخ كما لافسخ والحالة هذه عند افلاس المسلم على الاصح ويضارب المستأجر الغرماء بقيمة المنفعة المستحقة وهي أجرة المثل كما يضارب المسلم بقيمة المسلم فيه ثم ان جعلنا هذا النوع من الاجارة سلما فما يخصه بالمضاربة من مال المفلس لايجوز تسليمه اليه لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه فينظر ان كانت المنفعة المستحقة قابلة للتبعيض كما إذا كان الملتزم حمل مائة منه فينقل بالحصة بعض المائة وان لم يقبل التبعيض كما إذا كان الملتزم قصارة ثوب أو رياضة دابة أو حمل المستأجر إلى بلد ولو نقل إلى نصف الطريق لبقى ضائعا قال الامام للمستأجر الفسخ بهذا السبب والمضاربة بالأجرة المبذولة وان لم يجعل هذا النوع من الاجارة سلما سلمت الحصة بعينها اليه لجواز الاعتياض هذا اذالم يسلم عينا لاستيفاء المنفعة الملتزمة منها فاما اذا التزم النقل فى ذمته ثم سلمه دابة لينقل بها ثم أفلس فيبني على أن الدابة المسلمة هل تتعين بالتعيين أم لا وفيه وجهان يذكران فى الاجارة (ان قلنا) تتعين فلا فسخ ويقدم المستأجر بمنفعتها كما لو كانت معينة فى العقد (وان قلنا) لا تتعين فهو كما لو لم يسلم (وأما) لفظ الكتاب فقوله فيثبت الرجوع الى رأس المال أى فى السلم (وقوله) أو المضاربة بقيمة المسلم فيه ان كان تالفا يجوز اعلامه ـ بالواو ـ للوجه الذاهب الى ثبوت الفسخ عند التلف أيضا (وقوله) ثم يشترى بقيمته أى بحصة المسلم مضاربا بقيمته (وقوله) رجع المكرى مرقوم بالواو لما مر (وقوله) ترك زرعه بعد الفسخ باجرة أى اذا لم يستحصد واتفقوا على ابقائه كما أوضحناه والمراد من الأجرة أجرة المثل (وقوله) أو المضاربة بقيمة المنفعة لتحصل له المنفعة أى لايضارب ليأخذ عين مايخصه لكن ليصرف مايخصه إلى المنفعة التي يستحقها وهذا جواب على تنزيل الاجارة فى الذمة منزلة السلم فان لم يفعل ذلك لم يحتج إلى تحصيل المنفعة فيجوز أن يعلم ـ بالواو ـ لذلك وقياس مامر فى السلم مجيء وجه فى ثبوت حق الفسخ وان كانت الاجرة تالفة لتعذر حصول المستحق بتمامه واعلام قوله أو المضاربة ـ بالواو ـ *

بالصحة فيما تساويا فيه والمشهور البطلان وعلله البغوى بأنه قابل الجملة بالجملة وهما متفاوتتان وكلام الشافعي رحمه الله المتقدم يرشد الى هذه العلة وفى المطلب أن المأخذ فى ذلك النظر إلى عدم الصحة فيما اذا باع صبرة أوقفيزاً وأن القائل الآخر ينظر إلى أن ذلك لم يقع مقصوداً وقال إن هذا أشبه من المأخذ الذى ذكره البغوى لأنه لامقابلة مع اشتراط كيل بكيل وماقاله ممنوع مخالف لكلام الشافعى فأن المقابلة حاصلة * واعلم أن كلام الشافعى وماذكره من العلة صريح فى أنه بنى ذلك على قوله المعروف فى منع تفريق الصفقة وهو الذى قال الربيع فى كتاب الصالح من الام أنه الذى يذهب اليه الشافعى ولكنه لوقلنا بأن الصفقة تفرق لم يطرد ذلك هنا لأنه لاجريان له فى الربويات ألا ترى

﴿ فرع ﴾ استقرض مالا ثم أفلس وهو باق فى يده فللمقرض الرجوع (أما) اذا قلنا انه لا يملك بالقبض فلانه بسبيل من الرجوع من غير حجر وافلاس فمعهما أولى (وأما) إذا قلنا انه يملك فلأنه مملوك ببدل تعذر تحصيله فاشبه المبيع *

﴿ فرع ﴾ باع مالا واستوفى ثمنه وامتنع من تسليم المبيع أو هرب هل للمشترى الفسخ كما لو أبق العبد المبيع أم لا لأنه لانقصان فى نفس المبيع فيه وجهان منقولان فى التتمة *

قال ﴿ الشرط الثانى المعاوضة أن تكون سابقة على الحجر * احترزنا به عما يجرى سبب لزومه بعد الحجر كما اذا باع من المفلس المحجور عليه هل يتعلق بعين ماله وقد ذكرناه * وكذلك لو أفلس المكرى والدار فى يد المكتري فانهدمت ثبت له الرجوع الى الأجرة * وهل يزاحم به الغرماء فيه وجهان وكذا لو باع جارية بعبد فتلفت الجارية فى يد المفلس المحجور فرد بائعها العبد بالعيب فله طلب قيمة الجارية قطعاً * وهل يتقدم بالقيمة أو يضارب بها وجهان * والاصح أنه يضارب ﴾ *

هذا الشرط مفقود عنه في أكثر النسخ سيما فى القديمة منها لكنه ملحق بالكتاب من الوسيط لأنه وعد به حيث قال أما المعاوضة فلها شرطان والصواب ان نثبت الملحق بالمتن على ما يناسب نظم الكتاب ثم نشرحه (أما) الملحق فهو قد سبق الشرط الثانى أن تكون المعاوضة سابقة على الحجر فلو باع من المفلس المحجور شيئا فقد ذكرنا الخلاف فى تعلقه بعين متاعه ولو أفلس المكرى والدار في يد المشتري فانهدمت فله الرجوع بالأجرة وفى مزاحمته الغرماء بها وجهان * ولو باع جارية فتلفت الجارية بعد فى يد المفلس ورد بائعها العبد بعيب فله طلب قيمة الجارية قطعا و يتقدم بها أو يضارب فيه وجهان (أصحهما) أن يضارب * (وأما) الشرح فاعلم أن فيه ثلاث مسائل (الأولى) إذا باع شيئا من المفلس المحجور وصححناه فقد ذكرنا فى ثبوت حق الفسخ والرجوع خلافا (فان قلنا) لارجوع فقد شرطنا فيه سبق المعاوضة على الحجر (الثانية) اذا أجر داراً وسلمها الى المكترى وقبض الأجرة ثم أفلس وحجر عليه فقد ذكرنا ان الاجارة مستمرة بحالها فان انهدمت فى أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى منها ويضارب المستأجر مع الغرماء بحصة ما بقى منها ان كان الانهدام قبل

أنه لوباع درهما بدرهمين لم نقل بصحته فى درهم مشاعا ولو قلنا بأنه يخير بكل الثمن وهذا أحد مايستدل به لمنع تفريق الصفقة والضابط فيما يجرى فيه خلاف تفريق الصفقه أن يكون الفساد تخلل فى بعض المعقود عليه والفساد فى الربويات انما كان تخلل فى العقد نفسه وكون هذه المقابلة محظورة من الشارع ونسبة ذلك إلى كل من أجزاء المبيع على السواء واجزاء كل من العوضين صالحة لايراد العقد عليها وكل منهما مستجمع شرائط البيع فلذلك لم يمكن القول بتفريق الصفقة فيه وفسد فى الجميع

قسمة المال بينهم وان كان بعد القسمة فوجهان (وجه) المنع أنه دين حدث بعد القسمة فصار كما لو استقرض (ووجه) المضاربة وهو الأصح أنه دين سند الى عقد سبق الحجر وهو الاجارة فصار كما لو انهدمت قبل القسمة (الثالثة) باع جارية بعبد وتقابضا ثم أفلس مشترى الجارية وحجر عليه وهلكت الجارية فى يده ثم وجد بائعها بالعبد عيبا ورده فله طلب قيمة الجارية لامحالة وكيف يطالب فيه وجهان عن القاضى الحسين (أصحها) أنه يضارب كسائر أرباب الديون (والثانى) أنه يتقدم على سائر الغرماء بقيمتها لأنه أدخل فى مقابلتها عبدا فى مال المفلس وهذان الوجهان فى الكيفية يخالفان الوجهين فى رجوع من باع منه بعد الحجر شيئا بالثمن (اذا قلنا) لايتعلق بعين متاعه فانا فى وجه نقول يضارب وفى وجه نقول يصبر الى أن يستوفى الغرماء حقوقهم ولا نقول بالتقدم بحال وكان الفرق أن الدين ثم حادث بعد الحجر وههنا مستند الى سبب سابق على الحجر فاذا انضم اليه ادخال شيء فى ملك المفلس أثر فى التقديم على رأى *

قال ﴿ أما العوض فله شرطان (الأول) أن يكون باقيا فى ملكه * فلو هلك فليس له الا المضاربة بالثمن * وكذا (و) لو زادت القيمة على الثمن * والخروج عن ملكه كالهلاك * وتعلق حق الرهن والكتابة كزوال الملك * ولو عاد الى ملكه بعد الزوال رجع اليه فى أظهر القولين ﴾ *

يعتبر فى المبيع ليرجع البائع اليه شرطان (أحدهما) بقاؤه فى ملك المفلس فلو هلك لم يرجع قال صلى الله عليه وسلم «فصاحب المتاع أحق بمتاعه» اذا وجده بعينه جعل وجدانه شرطا فى الاحقية ولافرق بين أن يكون الهالك بآفة سماوية أو بجناية جان وبين أن تكون قيمته مثل الثمن أو أكثر وليس له الا مضاربة الغرماء بالثمن وعن رواية الشيخ أبى محمد وجه أنه اذا زادت القيمة ضارب بها دون الثمن واستفاد بها زيادة حصته ولو خرج عن ملكه ببيع أو هبة أو اعتاق أو وقف فهو كما لو هلك وليس له فسخ هذه التصرفات بخلاف الشفيع له رد هذه التصرفات لأن حق الشفعة كان ثابتا حين تصرف المشترى لأنه يثبت بنفس البيع وحق الرجوع لم يكن ثابتا حين تصرف لأنه انما يثبت بالافلاس والحجر ولو كاتب العبد أو استولد الجارية فلارجوع أيضا ولو دبر أو علق العتق على صفة فله الرجوع وإن أجره فلا رجوع إن لم نجوز بيع المستأجر وإن

قولا واحداً بخلاف المسائل التى يجرى فيها خلاف تفريق الصفقة فأن بعض المعقود عليه فيها لم يستجمع شرائط البيع من حيث(١) فأمكن القول بالابطال فيه وتصحيح غيره والحاصل أن الحرام فى صور تفريق الصفقة هو أحد الجزءين والهيأة الاجتماعيـة انما حرمت لاشتمالها عليـه فاذا فرض الابطال زال المقتضى لتحريمها وعقود الربا بالعكس من ذلك فان المحرم فيها ليس واحداً من الجزءين وانما المحرم الهيأة الاجتماعية ونسبتها إلى كل الاجزاء على السواء ولذلك بطل فى الجميع (فان قلت) قول الشافعى

جوزناه فان شاء أخذه مسلوب المنفعة لحق المستأجر والاضارب بالثمن ولو رهنه قدم حق المرتهن ولا رجوع وكـذ لو جنى العبد المبيع فالمجني عليه أحق ببيعه فان قضى حق المرتهن أو المجني عليه ببيع بعضه فالبائع واجد لباقى المبيع وسيأتى حكمه* وان انفك عن الرهن أو برىء عن الجناية فله الرجوع كما لو اطلع المشترى على عيب فى المبيع بعد رهنه ثم انفك الرهن له الرد* وتزويج الجارية لايمنع الرجوع وأحرام البائع يمنعه اذا كان المبيع صيداً ولو حجر عليه بعد مازال ملكه ثم عاد نظر ان عاد بلا عوض كالهبة والأرث والوصية ففى الرجوع وجهان (أحدهما) يرجع لانه وجد متاعه بعينه (والثانى) لايرجع لان هذا الملك متلقي من غيره ولأنه تخللت حالة لو صادفها الافلاس والحجر لما رجع فليستصحب حكمها وهذا الخلاف كما ذكرنا فى مثله من الرد بالعيب وتعرضنا لهذه الصورة ونحوها هناك وفى سلسلة الشيخ أبى محمد أن الوجهين فيما نحن فيه مبنيان علي الوجهين في رجوع الواهب اذا زال ملك الولد وعاد وأنهما فى الهبة مبنيان على الوجهين فيما اذا زال ملك المرأة وعاد هل يرجع المطلق بالنصف وأن الخلاف فيها جميعا مبني علي قولين منصوصين فيما اذا قال لعبده اذا جاء رأس الشهر فانت حر ثم باعه واشتراه فجاء رأس الشهر هل يعتق ولك أن تقول بناء الوجهين على القولين المنصوصين واستخراجها منهما منقول قويم وأما بناء صورة من صور الوجهين على أخرى مع استوائهما فى المعني فليس باولى من القلب والعكس وان عاد الملك اليه بعوض كما لو اشتراه نظر إن وفر الثمن على البائع الأول الثانى فكما لو عاد بلاعوض وان لم يوفر وقلنا بثبوت الرجوع للبائع لو عاد بلاعوض فالاول أولى بالرجوع لسبق حقه أو الثاني لقرب حقه أو يستويان و يضارب كل واحد منهما بنصف الثمن فيه ثلاثة أوجه وعجز المكاتب وعوده إلى الرق كانفكاك الرهن أو كعود الملك بعد زواله فيه طريقان (أجاب) فى البسيط منهما بالاول ووجه الثانى مشابهة الكتابة بزوال الملك وافادتها استقلال المكاتب والتحاقه بالاحرار (وقوله) فى الكتاب فى أظهر القولين غير محمول على قولين منقولين فى هذه المسألة بخصوصها لاطباق النقلة على أن الخلاف فيها وجهان لاقولان لكن الأئمة فهموا من اختلاف قوله

رضى الله عنه بانه وقع العقد على شيء بعضه حرام و بعضه حلال يخالف مابطل فى الجميع (قلت) ظاهره ذلك ولكن من تأمله الى آخره علم ماقلته فانه فرق بين الربوى وغيره وذلك الوصف مشترك بينهما فكان تأويل كلامه وحمله على ماقلته غير ممتنع للنظر وان كان فيه بعض تعسف وقول الشافعى انما يكون له الخيار فيما نقص لافيما لاربا فى زيادة بعضه على بعض الى آخره يؤيده إذا باعه صبرة بعشرة دراهم مثلا كل صاع بدرهم وخرجت ناقصة عن العشرة فههنا يمكن أن يقال إنه يصح فى الصبرة بجميع العشرة لانه لاربا فيها ويثبت له الخيار وفيه مخالفة لما صححه صاحب التهذيب هنك فانه صحح أنها

فى نظير المسألة قولين فيما يضبط المسائل وهو أن الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد فكأنه أراد بالقولين ذلك والله أعلم *

قال ﴿ الثانى أن لايكون متغيرا * فان تغير بطريان عيب فليس له أن يقنع أو يضارب بالثمن * إلا أن يكون بجناية أجنبي فله المضاربة بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة لا بأرش الجناية اذ قد يكون ذلك كل القيمة عند قطع اليدين وذلك لايعتبر فى حق البائع * وجناية المشترى كجناية الاجنبي على أحد الطريقين ﴾ *

ان لم يتغير المبيع عما كان فللبائع الرجوع لامحالة وان تغير فربما منع ذلك التغير الرجوع وربما لم يمنع على ماسيتضح تفصيله ويبين بذلك أنه ليس الشرط انتفاء نفس التغير بل انتفاء بعض التغيرات وبيان التفصيل المشار اليه أن التغير اما أن يكون بالنقصان أو بالزيادة (القسم الاول) التغير بالنقصان وهو على ضربين (أحدهما) نقصان مالايتقسط الثمن عليه ولا يفرد بالعقد وهو المراد بالعيب وربما عبر عنه بنقصان الصفة فينظر ان حصل ذلك بآفة سماوية فالبائع بالخيار ان شاء رجع اليه ناقصا وقنع به وان شاء ضارب مع الغرماء بالثمن كما لو تعيب المبيع فى يد البائع يخير المشترى بين أخذه معيبا بجميع الثمن و بين الفسخ والرجوع بالثمن ولا فرق بين أن يكون النقصان حسياً كسقوط بعض الاعضاء والعمى أو غير حسى كنسيان الحرفة والاباق والزنا وفى كتاب القاضى ابن كج أن من اصحابنا من أثبت قولا آخر أنه يأخذ المعيب و يضارب مع الغرماء بما نقص كما سنذكره فى الضرب الثانى من النقصان وهو غريب * وان حصل بجناية جان فذلك الجانى اما أجنبي أو البائع أو المشترى ان كان الجاني أجنبيا فعليه الأرش اما غير مقدر أو مقدر بناء على أن جرح العبد مقدر وللبائع أن يأخذه معيبا و يضارب الغرماء بمثل نسبة ماانتقص من القيمة من الثمن وانما ضارب ههنا بشيء لان المشترى أخذ بدلا من النقصان وكان ذلك مستحقا للبائع لو بقى فلا يحسن تضييعه عليه وانما اعتبرنا فى حقه نقصان القيمة دون التقدير الشرعى لان التقدير إنما أثبته الشرع فى الجنايات والاعواض

متى خرجت ناقصة أو زائدة ببطلان البيع وعلله بانه باع جملة الصبرة بعشرة وشرط مقابلة كل صاع منها بدرهم والجمع بينهما عند الزيادة والنقصان ممتنع وهـذه العلة مطردة فى مسألتنا أيضا لـكن لاحاجة اليها لما تقدم وقد اتفقت طريقة الاصحاب على حكاية هذين القولين وفى تعليق الطبري عن أبي هريرة قال وقد قيل إنه انما يكون البيع جائزا اذا كان ليس مما لا ربا فيه مثل الحمص وما أشبهه فاما مافيه الربا فانه قول واحد البيع باطل لانه بيع الطعام متفاضلا *

﴿ التفريع ﴾ ان قلنا بالصحة فيما تساويا فيه فيثبت للذى باع الصـبرة الناقصة وهو مشترى الناقصة وهو مشترى الصبرة الـكثيرة الخيار كما نص عليه الشافعى والاصحاب لما ذكره المصنف قال فى المطلب وفيه نظر من جهة أن مقابلة الشىء بمثله مقصود بالعقد فلم يغب عليه شىء وهذا النظر ضعيف لان فيه احالة لتصوير المسألة فان صورتها أن تقع مقابلة الجملة بالجملة ولـكن المماثلة مظنونة فأذا قامت المماثلة بطل الخيار وممن وافقنا على هذه المسألة والصحة عند التساوى وثبوت الخيار عند ظهور المفاضل الحنابلة *

تتقسط بعضها على بعض باعتبار القيمة ولو اعتبرنا فى حقه المقدر لزمنا أن نقول اذا قطع الجانى يديه وغرم تمام القيمة يرجع البائع الى العبد مع تمام القيمة أو تمام الثمن وهذا محال فننظر فيما انتقص من قيمته بقطع اليدين ونقول يضارب البائع الغرماء بمثل نسبته من الثمن ولو قطع احدى يديه وغرم نصف القيمة وكان الناقص فى السوق ثلث القيمة يضارب البائع بثلث الثمن ويأخذه وعلى هـذا القياس * وان كان الجانى البائع فهو كما لو كان الجانى أجنبيا لان جنايته جناية على ما ليس بمملوك له ولا هو فى ضمانه وان كان الجاني المشتري فطريقان (أظهرهما) عند الامام أن جنايته كجناية الاجنبى أيضاً لان اتلاف المشترى قبض واستيفاء منه على مامر فى موضعه وكانه صرف جزءا من المبيع الى غرضه (والثانى) أن جنايته كجناية البائع على المبيع قبل القبض من حيث انه مأخوذ منه غير مقر فى يده فعلي هذا يحصل فى جنايته قولان (أحدهما) أنها كجناية الاجنبى (وأصحهما) أنها كالآفة السماوية هـذا ماأورده صاحب التهذيب وغيره ولا يخطر بالبال أن حق تشبيه جناية المشترى هاهنا بجناية البائع قبل القبض تشبيه جناية البائع هاهنا بجناية المشترى حتى يقال كانه استرجع بعض المبيع إذ ليس له الفسخ والاسترجاع الا بعد حجر الحاكم عليه وليس قبل الحجر حق ولا ملك *

قال ﴿ وان تعيز بفوات بعض المبيع كأحد العبدين رجع الى القائم وضارب بثمن التالف * ونقصان وزن الزيت بالاغلاء تعيز صفة أو تلف جزء فيه وجهان ﴾ *

الضرب الثاني نقصان مايقسط الثمن عليه و يصح افراده بالعقد كما لواشترى عبدين أو ثوبين

﴿ فرع ﴾ لوتفرقا بعد تقابض الجملتين وقبل الكيل فى المكيل والوزن فى الموزن فهل يبطل العقد فيه وجهان فى الأبانه والنهاية وغيرهما ونسبهما الرويانى إلى القفال (اصحهما) على ماقاله البغوى فى التهذيب والرافعى لالوجود التقابض فى المجلس (والثاني) نعم لبقاء العلقة بينهما وقال ابن الرفعة انه الأشبه قال لأنه يجوز أن يقال ان القبض جزافا فى هذه لا يصح فقد تفرقا قبل التقابض (قلت) وقد بنى هما الشيخ أبو حامد فى السلسلة على هذه الصفة هل يصح أم لا وفيه وجهان وإذا نظرنا إلى هذا الأصل قوى القول ببطلان العقد لأن الشافعى وسائر الأصحاب المتقدمين والمتأخرين بل والشافعى بل وسائر العلماء جازمون بأن القبض فيما يباع مكايلة لابد فيه من الكيل وقال الشافعى رضي الله عنه فى الأم ومن ابتاع طعاما كيلا فقبضه (إن قلنا) له وقال فى مختصر البويطى فى باب الصرف والقبض من البيوع كل ماكان ينتقل مثل الصيد والعروض أو يوزن و يكال فقبضه الكيل والانتقال

فتلف أحدهما فى يد المشترى ثم افلس وحجر عليه فللبائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ويضارب مع الغرماء بحصته عن التالف بل لو بقى جميع المبيع وأراد البائع فسخ البيع فى نصفه مكن منه لانه انفع للغرماء من الفسخ فى الكل فهو كما لو رجع الاب فى نصف ماوهب يجوز وعن القاضى أبى حامد وأبى الحسين أن من الأصحاب من ذكر قولين فى أنه إذا أخذ الباقى ياخذه بحصته من الثمن أو ياخذه بجميع الثمن ولا يضارب بشىء وذكر الامام أن أصحاب هذه الطريقة طردوها في كل مسألة تضاهيها حتى لو باع سيفاً وشقصاً بمائة يأخذ الشقص بجميع المائة على قول قال وهذا عندي قريب من خرق الاجماع * هذا إذاتلف أحد العبدين ولم يقبض شيئا من الثمن أما إذا باع عبدين متساويين في القيمة بمائة وقبض خمسين فتلف أحدهما فى يد المشترى ثم أفلس فقولان (القديم) أنه لارجوع له الى العين بل يضارب بباقى الثمن مع الغرماء لما روى أنه ﷺ قال «أيما رجل باع متاعا فافلس الذى ابتاعه ولم يقبض البائع من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو أحق به»(١) وان كان قد اقتضى من ثمنه شيئاً فهو اسوة الغرماء (والجديد) أنه يرجع واحتج له بان الافلاس سبب يعود به كل العين اليه فجاز أن يعود بعضه كالفرقة فى النكاح قبل الدخول يرد بها جميع الصداق الى الزوج تارة وبعضه أخرى وأما الحديث فهو مرسل وعلى هذا فيما يرجع نص فى الأم أنه يرجع فى جميع العبد الباقي بما بقى من الثمن وله فيما اذا أصدقها اربعين شاة وحال عليها الحول فاخرجت شاة ثم طلقها قبل الدخول قولان (أحدهما) يرجع بار بعين شاة وهو قياس نصه ههنا (والثانى) أنه يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة الشاة المخرجة واختلفوا ههنا على طريقين (أحدهما) تخريج القول الثاني وطرد القولين ههنا وعلى هذا (فاظهرهما) أنه يأخذ جميع العبد الباقى بما بقى من الثمن و يجعل ماقبضه من الثمن في مقابلة التالف كما لو رهن

والوزن

والوزن وقال في مختصر المزني ولو أعطى طعاما فصدقه في كيله لم يجز ونقل ابن عبد البر في التمهيد أنه لا خلاف بين جماعة العلماء في أنه لا يكون ما بيع من الطعام على الكيل والوزن مقبوضا إلا كيلا أووزنا وأطلق الأصحاب ومن جملتهم الرافعي أن ذلك القبض فاسد وذكر المصنف المسألة في باب السلم وجزم أنه اذا اشترى منه طعاما بالكيل فدفع إليه الطعام من غير كيل لم يصح القبض وحكي الرافعي في باب بيع الثمار أنه لو اشترى طعاما مكايلة وقبضه جزافا فهلك في يده ففي انفساخ العقد وجهان لبقاء الكيل بينهما لكنه في باب القبض أطلق القول بانه يدخل في ضمانه واقتصر على حكاية الخلاف في كونه مسلطا على التصرف في القدر المستحق قال أبو اسحق المروزي انه يصح قال في البحر وهذا أقيس وقال ابن أبي هريرة لا يصح وادعى المصنف في باب السلم وأبو الطيب هنا أنه المنصوص وقال إمام الحرمين انه الذي قطع به شيخه وطوائف من الاصحاب وقال الرافعي إن الجمهور عليه ورد الشيخ أبو حامد والمحاملي ذلك على ابن أبي هريرة وقالا وغيرهما من الاصحاب ان المراد بفساد القبض ههنا أن القول قول القابض في مقداره قال امام الحرمين وهذا ليس مجملا واضحا قال وإنما يستمر اطلاق الفساد ممن يمنع التصرف من القدر المستيقن وسنوضح المسألة إن شاء الله تعالى في السلم حيث ذكرها المصنف والمقصود هنا أن

عبدين بمائة وأخذ خمسين وتلف أحد العبدين كان الآخر مرهونا بما بقى من الدين والمعني الجامع أن له التعلق بكل العين إذا بقي كل الحق فليثبت له التعلق بالباقى من العين للباقى من الحق (والثانى) وهو اختيار المزنى أنه يأخذ نصف العبد الباقي بنصف الباقى من الثمن و يضارب الغرماء بنصفه لان الثمن يتوزع على المبيع بالمقبوض والباقي يتوزع كل واحد منهما على العبدين (والطريق الثانى) القطع بالمنصوص والفرق بينه و بين الصداق أن الزوج اذا لم يرجع الى عين الصداق أخذ القيمة بتمامها والبائع ههنا لا يأخذ الثمن بل يحتاج الى المضاربة ولو قبض بعض الثمن ولم يتلف شيء من المبيع ففي الرجوع القولان القديم والجديد وعلى الجديد يرجع الى المبيع بقسط الباقي من الثمن فلو قبض نصف الثمن رجع في نصف العبد المبيع أو العبدين المبيعين •

﴿ فرعان ﴾ أحدهما قد ذكره في الكتاب اذا أغلى الزيت المبيع حتى ذهب بعضه ثم أفلس فوجهان (أحدهما) أنه كما لو تعيب المبيع وكان الزائل صفة التفل [1] فعلى هذا يرجع اليه ويقنع به (وأصحهما) أنه بمثابة تلف بعض المبيع كما لو أنصب فعلى هذا لو ذهب نصفه أخذ بنصف الثمن وضارب مع الغرماء بالنصف وان ذهب ثلثه أخذ بثلثي الثمن وضارب معهم بالثلث ومن قال بالوجه الأول فالشرط ان يطرده في اغلاء الغاصب الزيت المغصوب وليس له ذكر هناك بل لم يتعرض له المعظم ههنا واقتصروا علي الوجه الثاني نعم لو كان مكان الزيت العصير فقد أجابوا ههنا وفى

(١) كذا بالاصل فحرر

الرافعي من القائلين بعدم صحة التصرف وذلك يقتضى عدم اعتباره القبض المذكور فينبغي على قياس ذلك أن لا يعتبره في الصرف ويبطل العقد بالتفرق ولا يكتفي بصورة القبض وإن كان معتبرا من وجه كونه ناقلا للضمان على إشكاله لكن باب الربا يجب الاحتياط فيه وأن لا يكتفي إلا بما هو قبض تام ويعضده مفهوم قوله ﷺ « لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء » فاقتضى اشتراط أن لا يبقى شيء من العلق ومن جملة ذلك الكيل وقد أجاد الامام فبنى الوجهين في بطلان العقد بالتفرق المذكور على الخلاف المذكور فى أن التقابض على المجازفة هل يسلط على بيع ماسيبيعه (ان قلنا) نعم لم يبطل العقد والا فوجهان (أحدهما) يبطل لنقصان القبض (والثانى) لا لجريانه واقتضائه نقل الضمان وسبقه الى ذلك الشيخ أبو محمد فقال الوجهان يبنيان على أصل وهو أن القبض على هذه الصفة من غير مكايلة هل يكون قبضا

الغصب بوجهين ورجحوا التسوية بينه و بين الزيت ووجه الفرق أن الذاهب من العصير ماء لا مالية له والذاهب من الزيت متمول واذا قلنا بالتسوية فلو كان العصير المبيع أربعة أرطال قيمتها ثلاثة دراهم فاغلاها حتى عادت الى ثلاثة ارطال فيرجع الى الباقى و يضارب بربع الثمن للذاهب ولا عبرة بنقصان قيمة المغلى كما اذا عادت قيمته الى درهمين وان زادت قيمته بان صارت أربعة فيبنى على أن الزيادة الحاصلة بالصفة أثر أم عين (ان قلنا) أثر فاز البائع بما زاد (وان قلنا) عين فعن القفال أن الجواب كذلك وعن غيره أن المفلس يكون شريكا بالدرهم الزائد وان بقيت القيمة ثلاثة كما كانت فيكون بقاؤها بحالها مع نقصان بعض العين لازدياد الباقى بالطبخ فان جعلنا هذه الزيادة أثرا فاز بها البائع وان جعلناها عينا فكذلك عند القفال وقال غيره يكون المفلس شريكا بثلاثة أرباع درهم لأن هذا القدر هو قسط الرطل الذاهب وهو الذى زاد بالطبخ فى الباقى هذا ما يستمر على القواعد ولصاحب التلخيص فى المسألة كلام غلطوه فيه *

(الفرع الثانى) لو كان المبيع دارا فانهدمت ولم يهلك شيء من النقض فهذا النقصان من قبيل الضرب الأول كالعمى ونحوه ولو هلك بعضه باحراق أو غيره فهو من الضرب الثانى هكذا أطلقوه ولك أن تقول وجب أن يطارد فيه الخلاف الذى ذكرناه في تلف سقف الدار المبيعة قبل القبض أنه كالتعيب أو تلف أحد العبدين *

قال (أما التغير بالزيادة فالمتصلة من كل وجه لا حكم لها بل تسلم للبائع مجانا * والمنفصلة من كل وجه كالولد لا يرجع فيه ولكن ان كان صغيراً فعليه أن يبذل قيمة الولد حذرا من التفريق فان أبى بطل حقه على رأى من رأى الرجوع (و) * ويبعت الام والولد على رأى * وصرف

صحيحا فى انبرام العقد أم لا فعلى وجهين (أحدهما) صحيح لانتقال الضمان (والثانى) لاالعدم التصرف (فان قلت) كيف يقال ان القبض المذكور لايكفى وقد قال صاحب البيان إن الشافعي قال فى الصرف اذا اشترى دينارا بدينار وتقابضا ومضى كل منهما يستعير الدينار الذي قبضه بالوزن جاز ونزله صاحب البيان على أن يكون كل واحد منهما عرف وزن الدينار فصدقه الآخر وتقابضا ويقتضي أن لايبطل العقد بالتفرق حينئذ فيدل على أن القبض المذكور كاف كما قال الرافعي رحمه الله (قلت) قد تقدم الكلام مع صاحب البيان فى ذلك وتأويل كلام الشافعى فتأمله هناك فى الفروع السالفة أولا والله أعلم *

ثم اعلم أن القبض من غير كيل له صورتان (إحداهما) أن يحصل مع اعتقاد المماثلة اعتمادا على خبر من يوثق به من أحد المتعاقدين أو غيره . (والثانية) أن يحصل التقابض بالجزاف مع الجهل والتردد (فاما) هذه الصورة الثانية فيظهر فيها الحكم بفساد القبض وأن التفرق بعده قبل جريان قبض صحيح مبطل لبقاء عاق العقد ولا يتحقق به بيع لازم فى صبرة بصبرة لايعلمان كيلهما وذلك مصادم للحديث (وأما) الصورة الأولى فوجه الحكم بفساد القبض فيها أن الاكتيال مستحق بالعقد لقوله ﷺ « من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يكتاله » رواه مسلم من حديث ابن عباس وأبى هريرة رضي الله عنهم وعن ابن عمر رضى الله عنهما « أن رسول الله ﷺ نهى أن يبيع أحد طعاما اشتراه بكيل حتى يستوفيه » رواه

اليه نصيب الام على الخصوص * واذا تفرخ البيض المشترى أو نبت البذر بالزراعة فقد فات البيع على الأظهر (و) وهذا موجود جديد ﴾*

القسم الثانى التغير بالزيادة وهى نوعان (أحدهما) الزيادة الحاصلة لامر خارج وهى على ثلاثة أضرب (أحدها) المتصلة من كل وجه كالسمن وتعلم الحرفة وكبر الشجرة فلا عبرة بها وللبائع الرجوع من غير أن يلتزم بالزيادة شيئا وعلى هذا حكم هذه الزيادة فى جميع الابواب الا فى الصداق فان الزوج لايرجع اذا طلق قبل الدخول الى النصف الزائد الا برضى المرأة وسبب مفارقة سائر الاصول يذكر هناك (والثانى) الزيادة المنفصلة من كل وجه كثمرة الشجرة واللبن والولد فيرجع فى الاصل وتسلم الزوائد للمفلس نعم لو كان الولد صغيرا فوجهان (أحدهما) أنه ان بذل قيمة الولد أخذه مع الام والا ضارب بالثمن وبطل حقه من الرجوع لامتناع التفريق (وأصحهما) أنه ان بذل قيمته فذاك والا بيعا معا وصرف مايخص الام الى البائع ومايخص الولد الى المفلس وههنا مباحثة وهى انا ذكرنا وجهين فيما اذا وجد الام معيبة وهناك ولد صغير أنه يترك الرد وينتقل الى الارش ويحتمل التفريق للضرورة وفيما إذا رهن الأم دون الولد أنهما يباعان معا ويحرم التفريق ولم يذكروا فيما نحن فيه احتمال التفريق وانما احتالوا فى دفعه فيجوز أن يقال يجيء وجه التفريق ههنا أيضا لكنهم لم يذكروه اقتصارا على الاصح ويجوز أن يفرق بان مال المفلس

أبو داود والنسائي ولأن البائع شرط الـكيل فيجيء عليه الوفاء بهعلى ان الشيخ أبا حامد فى شرح قولى الشافعى إذا أعطاه طعاما فصدقه في كيله صور المسألة فيما اذا كان الطعام فى الذمة أو اشتراه مشاعا من صبرة فعزل الذي عليه الطعام قدرا وقال قد كلت هذا والحكم بعد الاكتفاء بذلك ظاهر وعليه يخرج مانقلته فيه مما تقدم من موافقة صاحب البيان لكن القاضى أبا الطيب وصاحب الشامل جعلوا من صور المسألة اذا اشترى منه طعاما يعينه بكيل معلوم مثل أن يبيعه صبرة على أنها عشر أقفزة ثم قبضه منه جزافا إن قال له قد كلته اوهو عشرة أقفزة فقبل قوله وقبضه فان القبض فاسد قال لأن من شرطه الكيل لما قدمنا من السنة ير يد بذلك قوله ﷺ لعثمان « إذا ابتعت فاكتل و إذا بعت فكل » رواه البيهقي وقول جابر من رواية أبن الزبير « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشترى » ولولا الاحاديث المذكورة كان تقوى الفرق بين أن يكون الطعام فى الذمة فلا يكتفي بالقبض المذكور و بين أن يكون معينا فيكتفى به لكن السنة أحق بالاتباع لاسيما وقد عضدها الاجماع الذى يقتضي

كله مصروف الى الغرماء فلا وجه لاحتمال التفريق مع امكان المحافظة على جانب الراجع وكون ملك المفلس من الاول مزازلا ولو كان المبيع بذرا فزرعه المشترى ونبت أو بيضة فتفرخت فى يده ثم أفلس فوجهان (أحدهما) أنه ليس له الرجوع اليه لان المبيع قد هلك وهذا شيء جديد له اسم جديد (والثانى) يرجع لانه حدث من عين ماله أوهو عين ماله اكتسب هيئة أخرى فصار كالودى اذا صار نخلا (والوجه الاول) هو اختيار صاحب الـكتاب و به قال القاضيان ابن كج وأبو الطيب والاصح عند أصحابنا العراقيين وصاحب التهذيب الوجه الثانى وستري فى كتاب الغصب مايؤيده و يجرى مثل هذا الخلاف فى العصير اذا تخمر فى يد المشترى ثم تخلل ولو اشترى زرعا أخضر مع الارض ففلس وقد اشتد الحب فقد قيل بطرد الوجهين وقيل بالقطع بالرجوع * واعلم أنا إذا قلنا بثبوت الرجوع فى هذه الصورة جعلنا هذه التغييرات من القسم الذى نحن فيه واذا لم نقل بثبوته جعلنا هذه التغيرات خارجة عن الاقسام المذكورة والتقسيم الحاوى لها أن يقال التغير ينقسم الى مايقلب المبيع عما هو عليه و يجدد اسما ومسمى و إلى غيره وفيه تقع الاقسام المذكورة *

قال ﴿ وان كانت الجارية المبيعة حاملا فولدت قبل الرجوع ففي تعلق الرجوع به قولان * ولو حبلت بعد البيع فالصحيح تعدى الرجوع الى الجنين * وحكم الثمرة قبل التأبير حكم الجنين وأولى بالاستقلال ﴾ *

الضرب الثالث الزيادة المتصلة من وجه دون وجه كالحمل ووجه اتصاله ظاهر ووجه انفصاله استقلاله وانفراده بالحياة والموت وكثير من الاحكام وجملة القول فيه أنه إن حدث الحمل بعد الشراء

كلام ابن عبد البر نقله مع أن السنة غنية عن الاعتضاد بغيرها ومهما ثبت في الطعام ثبت مثله في النقد بالقياس عليه فان التقدير فيهما وظهر من هذا ان الراجح فساد القبض المذكور في هذه المسألة وفي الفرع المتقدم عن صاحب البيان في بيع الدينار بالدينار وأنه لايكتفى بذلك القبض وأنه يبطل العقد بالتفرق قبل الكيل والوزن والله سبحانه أعلم * ولا بد من مراجعة ماقدمته في بيع الدينار بالدينار في الفرع المذكور فيهما حتى يحصل الغرض من هذه المسألة إن شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ على هذا الفرع إذا قلنا بماصححه صاحب التهذيب وارافعي أنه لايبطل العقد بذلك فعلى هذا إن كيلنا بعد ذلك فخرجتا متساويتين صح وإن خرجتا متفاضلتين جرى الخلاف المذكور في أصل المسألة فعلى الصحيح من ذلك الخلاف يتبين بطلان العقد والقبض وعلى القول الآخر يصح و يثبت الخيار (و إن قلنا) بالوجه الآخر وهو أنه يبطل فلا فرق علي ذلك بين أن يكالا بعد ذلك فيخرجا متساوتين أو متفاضلتين وسلك القاضي حسين وصاحب التتمة ترتيبا آخر ليس بينه

وانفصل قبل الزجوع فحكم الولد مامر في الفصل السابق وان كانت حاملا عند الشراء وعند الرجوع جميعا فهو كالسمن ويرجع البائع فيها حاملا وان كانت حاملا عند الشراء وولدت قبل الرجوع ففي تعدي الرجوع الى الولد قولان بناهما الاصحاب على الخلاف في أن الحمل هل يعرف أم لا (ان قلنا) نعم وهو الاصح يرجع كما لو اشترى شيئين (وان قلنا) لا بقي الولد للمفلس ور بما وجه قول التعدي بان الولد كان موجوداً عند العقد ملكه المشترى بالعقد فوجب أن يرجع الى البائع بالرجوع وقول المنع بانه ما لم ينفصل تابع ملحق بالاعضاء فكذلك تبع في البيع أما عند الرجوع فهو شخص مستقل بنفسه فيفرد بالحكم وكانه وجد حين استقل وان كانت حاملا عند الشراء حاملا عند الرجوع فقولان [illegible] بطريقين (أشهرهما) البناء على أن الحمل هل يعرف (ان قلنا) لا أخذها حاملا (وان قلنا) نعم [illegible] أنه لارجوع له ويضارب الغرماء والاصح أن له الرجوع في الام ولا حق له في [illegible] توجيه تعدى الرجوع الى الولد أن الحمل يتبع الجارية حال البيع فكذلك في حال [illegible] يرجع إلى ما كان عند البيع أو حدث فيه من الزيادات المتصلة [illegible] المنفصلة لاستقلاله وانفراده بكثير من الاحكام [illegible] لأن الاصح أن الحمل يعرف وكذلك ذكر بعض شارحي [illegible] كما رجحه صاحب الكتاب وذكروا أنه المنصوص [illegible] بالام فقد ذكر الشيخ أبو محمد أنه يرجع فيها قبل الوضع [illegible] وغيره يصبر الى انفصال الولد ولا يرجع في الحال ثم الاعتراض على [illegible]

و بين ماتقدم اختلاف فقال اذا تقابضا جزا فلم تكايلا بعد التفرق فان خرجتا متفاوتتين هل يجوز فى القدر الذى تساويا فيه أم لا فيه قولان وقال صاحب التتمة وجهان إن قلنا لايجوز فلاى معنى فيه معنيان (أحدهما) أنهما تفرقا و بقى بينهما علقة التقابض والباب باب ربا (والثانى) لوجود الفضل فى أحد البدلين و إن خرجتا متساويتين(فان قلنا) لو خرجتا متفاوتتين يجوز فههنا أولى وان قلنا هناك لايجوز فهنا وجهان بناء على المعنيين (إن قلنا) المعنى فيه بقاء العلقة لم يجز(و إن قلنا) بالثانى جاز وذكر القاضى أن القولين فيما إذا خرجتا متفاوتتين قبل التفرق ينبنيان على هذين المعنيين وليس فى هذا زيادة على ماتقدم إلا حسن الترتيب والبناء والله سبحانه وتعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال القاضى حسين اذا كانت الصبرتان معلومتي المقدار متساويتين فى القدر فقال (أحدهما) لصاحبه بعت منك هذه الصبرة بهذه الصبرة فانه يجوز قلت ولا يحتاج فى هذه الحالة فى قبضها الى كيل بل حكمه فى القبض حكم الجزاف لأنه لم يشترط فيه الكيل والكيل انما يشترط

واعلم أن استتار الثمرة بالاكمة وظهورها بالتأبير قريبان من استتار الجنين وظهوره بالانفصال وفيها الاحوال الاربع المذكورة فى الجنين(أولها) أن يشترى نخيلا وعليها ثمرة غير مؤبرة وكانت عند الرجوع غير مؤبرة (وثانيها)أن يشتريها ولا ثمرة عليها غير مؤبرة ثم كانت لها ثمار عند الرجوع مؤبرة أومدركة أو مجذوذة فالحكم فيها كما ذكرنا فى الحل (وثالثها) اذا كانت ثمرتها عند الشراء غير مؤبرة وعند الرجوع مؤبرة فطريقان (أحدهما) أن أخذ البائع الثمرة على القولين فى أخذ الولد اذا كانت حاملا عند البيع ووضعت قبل الرجوع (والثانى) القطع بأنه يأخذ الثمرة لأنها وان كانت مستترة فهى مشاهدة موثوق بها قابلة للافراد بالبيع فكانت أحد مقصودى العقد فيرجع فيها رجوعه فى النخيل وان شئت عبرت عن الطريقين بأنا ان قلنا يأخذ الولد فالثمرة أولى بالاخذ والا فقولان(ورابعها) اذا كانت النخلة حائلا عند الشراء فاطلعت عند المشتري ثم جاء وقت الرجوع وهى غير مؤبرة فقولان(رواية) الربيع أنه لايأخذ الطلع لأنه يصح افراده بالبيع فلا يجعل تبعا كالثمار المؤبرة(ورواية)المزنى وحرملة أنه يأخذه مع النخيل لأنه يتبع فى البيع فكذلك فى الفسخ وفيه طريقة أخرى قاطعة بانه لايأخذ الطلع لما ذكرنا من الوثوق به واستقلاله قال الشيخ أبو حامد وعلى هذا القياس أمر الثمرة التى لم تؤبر فحيث أزال الملك باختياره بعوض استتبع ما لم يؤبر من الثمار وان زال قهراً بعوض فهو كما فى الشفعة والرد بالعيب فالاستتباع على هذين القولين وان زال لا بعوض اختياراً أو قهراً كما فى الرجوع فى الهبة ففيه القولان(وقوله) فى الكتاب وحكم الثمرة قبل التأبير حكم الجنين وأولى بالاستقلال يشير الى طريقة القطع فى الثمار تارة بالاثبات وأخرى بالنفى كما بيناه وحكم سائر الثمار ومايلتحق منها بالمؤبر ومايلتحق بغير المؤبرة قد

فيما بيع مكايلة لا أعلم في ذلك خلافا بين(١) في المسألتين انه يشترط(٢) فيما بيع (٣) ولا يشترط فيما بيع مجازفة قال القاضي أبو الطيب فاما إذا اشتراه جزافا فلا يحتاج إلى الكيل بالأجماع وماذكره القاضي حسين من هذه المسألة واضح لااشكال فيه وقد نقل الامام الشافعي في الأم بسنده الى طاووس انه كان يكره أن تباع صبرة بصبرة من طعام لايعرف مكيلها أويعلم مكيلة احديهما ولا يعلم مكيلة الأخرى أو يعلم مكيلتهما جميعا هذه بهذه وهـذه بهذه قال لا الا كيلا بكيل يدا بيد فهذا يقتضي أن طاووسا يقول بالمنع فى الصورة المذكورة وينبغي أن يحمل كلام القاضي حسين على أن الصبرتين معلومتا المقدار عند كل من المتبايعين فلو كانت كل واحدة منهما معلومة عند بائعها فقط جاء فيه البحث المتقدم فى الدينارين والأحوال الأربعة التى قدمتها فى الدينارين جارية فى الصبرتين من غير فرق *

(١، ٢، ٣) بياض بالاصل فحرر

اتضح فى البيع و يتفرع على منقول المزنى وهو الاظهر أنه لوجرى التأبير وفسخ البائع البيع ثم قال البائع فسخت قبل التأبير والثمار لى وقال المفلس بل بعده فالقول قول المفلس مع يمينه لأن الاصـل عدم الفسخ حينئذ وبقاء الثمار له وعن أبي الحسين أن بعضهم ذكر قولا آخر أن القول قول البائع لانه أعرف بتصرفه وقال المسعودى يخرج قول إن المفلس يقبل قوله من غير يمين بناء على أن النكول ورد اليمين كالأقرار و إنه لو اقر لما قبل اقراره والمذهب الأول .وإنما يحلف على نفى العـلم بسبق الفسخ على التأبير لاعلى نفى السبق فان حلف بقيت الثمار له وان نـكل .فهل للغرماء أن يحلفوا فيـه الخلاف المذكور فيما إذا ادعى المفلس دينا على غيره .وأقام شاهداً ولم يحلف معه هل يحلف الغرماء (فان قلنا) لايحلفون وهو الاصح أوقلنا يحلفون فنكلوا عرضت اليمين على البائع فان نكل فهو أحق كما لو حلف المفلس وان حلف فان جعلنا اليمين المردودة بعد النكول كالبينة فالثمار له .وان جعلناها كالاقرار فيخرج على القولين فى قبول اقرار المفلس في مزاحمة المقر له الغرماء فان لم يقبله صرف الثمار الى الغرماء كسائر الاموال فان فضل شيء أخذه البائع بحلفه * هذا اذا كذب الغرماء البائع كما كذبه المفلس وان صدقوه لم يقبل اقرارهم على المفلس بل اذا حلف بقيت الثمار له .وليس لهم المطالبة بقسمتها لأنهم يزعمون أنها ليست ملكا له وليس له التصرف فيها لمكان الحجر واحتمال أن يكون له غريم آخر نعم له إجبارهم على أخذها ان كانت من جنس حقوقهم أو ابراء ذمته عن ذلك القدر على ظاهر المذهب كما لو جاء المكاتب بالنجم فقال السيد إنه مغصوب فيقال له خذه أو أبرءه عنه وفيه وجه أنهم لايجبرون على أخذها بخلاف المكاتب لانه يخاف العود الى الرق لولم يؤخذ منه وليس على المفلس كثير ضرر فاذا أجبروا على أخذها فأخذوها فللبائع أخذها منهم لاقرارهم وان لم يجبروا وأقسم سائر أمواله فله طلب فك الحجر

﴿ فرع ﴾ إذا قال بعتك هذه الصبرة بكيلها من صبرتك وصبرة المخاطب كبيرة صح جزم بذلك القاضي حسين والبغوي والمتولي والرافعي وزاد القاضي في تصويرها أن يقول كيلا بكيل وقال ابن الرفعة أنه يأتي فيه وجه أنه لا يصح أخذا مما اذا قال بعتك صاعا من هذه الصبرة لأن المقابل بالصبرة الصغيرة غير متميز قال وهذا لاشك عندي فيه اذ لافرق بين أن يكون الثمن نقدا أو من النوع (قلت) وماجزم به القاضي والمتولي والرافعي يمكن فرضه فيما اذا كانت الصبرتان معلومتي المقدار فلا يأتي فيهما الوجه الذي أشار اليه وان فرض فيما اذا كانت مجهولة فلعلهم انما سكتوا عن ذلك تفريعا على ماهو المشهور في المهذب واكتفوا بذكره في موضعه والا فالذي قاله ابن الرفعة من التخريج متجه اذ لا فرق بين النقد وغيره ولا فرق بين أن يكون الصاع من الصبرة مبيعا أو ثمنا واذا ثبت أن ذلك صحيح قال الرافعي فان كالا في المجلس وتقابضا تم العقد وما زادت الكبيرة لصاحبها وان تقابضا الجملتين وتفرقا قبل الكيل فعلى ماسبق من الوجهين والله عز وجل أعلم * ومن جملة أمثلة المسألة أن يقول بعتك هذه القطعة الذهب بقدرها من دينارك أو هذا الاناء الفضة بما يوازنه من فضتك يصح قاله في التهذيب *

إذا قلنا انه لا يرتفع بنفسه ولو كانت من غير جنس حقوقهم بيعت وصرف ثمنها اليهم تفريعا على الأجبار لم يتمكن البائع من أخذه منهم لأنهم لم يقروا له بالثمن وعليهم رده على المشتري فان لم يأخذه فهو مال ضائع ولو كان في المصدقين عدلان شهدا للبائع على صيغة الشهادة وشرطها أو عدل واحد وحلف البائع معه قبلت الشهادة وقضى له هكذا أطلق الشافعي رضي الله عنه وعامة الاصحاب وأحسن بعض الشيوخ الشارحين المختصر حمله على ما اذا شهد الشهود قبل تصديق البائع أو بعده وقلنا انهم لا يجبرون على اخذ الثمار والا فهم يدفعون بالشهادة ضرر أخذها وضياعها عليهم بأخذ البائع ولو صدق بعض الغرماء البائع وكذبه بعضهم فالمفلس تخصيص المكذبين بالثمار ولو أراد تعضهم قسمتها على الكل فوجهان (قال) أبو اسحق رحمه الله له ذلك كما لو صدقوه جميعا وقال الاكثرون لالان من صدق البائع يتضرر بالاخذ لأن البائع يتضرر بأخذ ما أخذ منه والمفلس لا يتضرر بان لا يصرف اليه لامكان الصرف الى المكذبين بخلاف ما اذا صدقه الكل واذا صرف الى المكذبين ولم يف بحقوقهم فيضاربون المصدقين في سائر الاموال ببقية ديونهم ويؤاخذهم بزعمهم أو بجميع ديونهم لان زعم المصدقين أن سائر ديون المكذبين لم تتأد وفيه وجهان (أظهرهما) وهو المنصوص أولها وجميع ماذكرناه فيما إذا كذب المفلس البائع أما إذا صدقه نظر ان صدقه الغرماء أيضا قضى له وان كذبوه وزعموا أنه أقر عن مواطأة جرت بينهما فعلى القولين فيما إذا أقر بعين مال أو بدين لغيره (وان قلنا) لا يقبل فللبائع تحليف الغرماء على أنهم لا يعرفون فسخه على التأبير ومنهم

﴿ فرع ﴾ له تعلق بالمكيل قال ابن أبي الدم لو اشترى منه بمكيال فاكتاله بغير جنس ذلك المكيال لم يجز مثل أن يشترى منه مائة صاع من طعام فاكتاله بالقفيز لم يتم القبض فلو اشترى منه قفيزاً من طعام فاكاله منه بالمكول الذي هو ربع القفيز ففيه وجهان وهكذا لو اكتال الصاع بالمد ففيه وجهان اه *

﴿ فرع ﴾ لو باع صاعا من صبرة بصاع من صبرة أخرى جاز قاله في الابانة والتتمة وفيه من البحث ماتقدم ينبغي إن كانتا معلومتي الصيعان صح جزما وان كانتا مجهولتين يأتي فيهما خلاف القفال الذي أشار اليه ابن الرفعة فيما تقدم والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وإن باع صبرة طعام بصبرة شعير كيلا بكيل فخرجتا متساويتين جاز وإن خرجتا متفاضلتين فان رضى صاحب الصبرة الزائدة بتسليم الزيادة أقر العقد ووجب على الآخر قبوله لأنه

من قال هو على القولين السابقين فى أن الغرماء هل يحلفون والاول أصح لان اليمين ههنا توجهت عليهم ابتداء وثم ينوبون عن المفلس واليمين لاتجري فيها النيابة «ذنابه» النظر في انفصال الجنين وفى ظهور الثمار بالتأبير الى حال الرجوع دون الحجر لان ملك المفلس باق الى أن يرجع البائع *

قال ﴿ ولو بقيت الثمرة للمشترى فعلى البائع ابقاؤها الى الجذاذ * وكذا ابقاء زرعه من غير أجرة (و) * حيث يثبت الرجوع فى الثمار فلو كانت قد تلفت فرجع فى الشجرة فيطالب بجزء من الثمن للثمرة بطريق المضاربة * ويعرف قدره باعتبار أقل (و) القيمتين من يوم العقد الى يوم القبض لان مانقص قبل القبض لم يدخل فى ضمان المشترى * ويعتبر للشجرة أكثر القيمتين على الاظهر (و) تقليلا للواجب على المشترى ﴾ *

فى الفصل مسألتان (إحداهما) مهما رجع البائع فى الاشجار المبيعة وبقيت الثمار للمشترى إما لحدوثها بعد البيع أو لظهورها قبل الرجوع أو على أحد القولين فى الحالة الثالثة والرابعة فليس له قطعها بل عليه إبقاء الثمرة الى الجذاذ وكذا لو رجع في الارض المبيعة وهى مزروعة بزرع المشترى ترك الزرع الى الحصاد لانه لم يتعد بالزرع حتى يقلع زرعه وهذا كما اذا اشترى أرضا مزروعة ليس للمشترى أن يكلف البائع قلع الزرع ثم اذا بقى الزرع أبقاه بغير أجرة بخلاف ما اذا اكترى أرضا وزرع فيها المكترى ثم افلس وفسخ المكرى الاجارة حيث قلنا يترك الزرع الى الحصاد باجرة المثل والفرق من وجهين (أشهرهما) أن المستأجر دخل فى الاجارة على أن يضمن للبائع المنافع فألزمناه بدلها والمشترى دخل فى الشراء على أن تحصل له المنافع بلا عوض فلم يحسن الزامه بدلها (وأفقههما) أن مورد البيع الرقبة وأنها تحصل له بالفسخ وان لم يأخذ

ملك الجميع بالعقد وان رضى صاحب الصبرة الناقصة بقدر صبرته من الصبرة الزائدة أقر العقد وان تشاحا فسخ البيع لأن كل واحد منهما باع صبرته بجميع صبرة صاحبه علي التساوي فى المقدار وقد تعذر ذلك ففسخ العقد ﴾*

﴿ الشرح ﴾ إذا باع صبرة بصبرة من غير جنسها مكايلة جاز البيع بلا خلاف وذلك واضح وان خرجتا متفاضلتين قال القاضى أبو الطيب والمصنف والمحاملى وابن الصباغ والروياني وغيرهم ان تبرع صاحب الصبرة الزائدة بالزيادة جاز البيع قال المصنف رحمه الله ومن تبعه ووجب على الآخر قبوله وعلته ماذكره المصنف وهى مصرحة بانه ملك الجميع بالعقد وذلك لان العقد ورد على الجميع كماتقدم التنبيه عليه غيرمرة ولكنه فات على كل منهما غرض (أما) بائع الصبرة الثانية فلأنه أورد العقد علي أن تكون مساوية للصبرة الأخرى وقد فات عليه ذلك وفوات الشرط لا يقتضى فساد العقد وانما يثبت الخيار (وأما) الآخر فلظنه أنها تحصل له كاملة وقد أخلف فثبت له الخيار أيضاً ومسامحة كل منهما تحصل لغرض الآخر الذى وقع العقد عليه فيسقط خياره وبهذا المعنى الذى

الاجرة ومورد الاجارة المنافع فاذا لم يتمكن من استيفائها ولم يمكن من أخذ بدلها خلا الفسخ عن الفائدة ولم يعد اليه حقه وعن صاحب التقريب أن ابن سريج خرج قولا أن للبائع طلب أجرة المثل لمدة بقاء الزرع كما لو بنى المشترى أو غرس كان للبائع الابقاء بالأجرة كما سيأتى ان شاء الله تعالى ثم الكلام فيهما اذا طلب الغرماء أو المفلس القطع قبل الجذاذ وقبل الحصاد على مامر فى فصل الاجارة (الثانية) اذا ثبت الرجوع فى الثمار (إما) بالتصريح ببيعها مع الاشجار وهى مؤبرة على أحد القولين فى الحالة الثالثة والرابعة ثم تلفت الثمار بجائحة أو بأكل المشترى ثم أفلس فالبائع يأخذ الأشجار بحصتها من الثمن ويضارب مع الغرماء بحصة الثمار وسبيل التوزيع أن تقوم الاشجار وعليها الثمار فيقال قيمتها مائة وتقوم وحدها فيقال قيمتها تسعون فيضارب بعشر الثمن فان اتفق فى قيمتها انخفاض وارتفاع فالاعتبار فى قيمة الثمار بالاقل من قيمتها يوم العقد ويوم القبض لانها ان كانت يوم القبض أقل فما نقص قبله من ضمان البائع فلا يحسب على المشترى وان كانت يوم العقد أقل فالزيادة حصلت فى ملك المشترى وتلفت فلا تعلق للبائع بها نعم لو كانت العين باقية رجع بها تابعة للأصل وعن صاحب التقريب أن بعضهم قال باعتبار قيمة يوم القبض واحتسب الزيادة للبائع بعد التلف كما أنها لو بقيت العين لحصلت له وهذا ظاهر نصه فى المختصر إلا أن الجمهور حملوه على ما إذا كانت قيمة يوم القبض أقل أو لم تختلف القيمة فبنوا اضافتها إلى هذا اليوم أو إلى هذا اليوم (وأما) الاشجار ففيها وجهان (أظهرهما) عند صاحب الكتاب وهو الذى أورده الصيدلانى وغيره أن الاعتبار فيها باكثر القيمتين لأن المبيع بين العقد والقبض من ضمان البائع فنقصانه عليه وزيادته للمشترى ففيما يأخذه البائع

ذكره المصنف وهو أنه ملك الجميع بالعقد فارق ذلك مسألة الاعراض النقد فان فيها خلافا فى وجوب القبول ومسألة اذا ترك البائع حقه للمشترى فى الثمار المختلطة فان المتروك فى كل من المسألتين ملك البائع فان فى كل من المسألتين إذا قلنا بالاجبار على القبول أجبرناه على قبول مالم يكن فى ملكه بخلاف مسألتنا هنا والله أعلم * وان امتنع ورضي صاحب الصبرة الناقصة بان يأخذ بقدرها من الصبرة الزائدة جاز البيع لما تقدم وان تمانعا فسخ البيع بينهما لا لأجل الربا ولكن لأن كل واحد منهما باع صبرته بجميع صبرة صاحبه على أنهما سواء فى المقدار فاذا تفاضلا وتمانعا وجب فسخ البيع بينهما هذه علة القاضى أبي الطيب والمصنف ومقتضى ماقدمته آنفا أن يثبت لكل منهما خيار الخلف فأن فسخ أحدهما البيع فذاك وان أصرا على الطلب والمنازعة فسخ بينهما كما يفسخ فى التحالف وقال صاحب التهذيب فيما إذا خرجتا متفاضلتين فيه قولان (أصحهما) يجوز فان

يعتبر الأكثر ليكون النقصان محسوبا عليه كما أن فيما يبقى للمشترى أو يضارب البائع بثمنه يعتبر الاقل ليكون النقصان محسوبا عليه (والثانى) وهو الذى نقله صاحب التهذيب والتتمة أن الاعتبار بقيمة يوم العقد سواء كانت أكثر القيمتين أو أقلهما أما إذا كانت أكثرهما فكما ذكرنا فى الوجه الأول (وأما) إذا كانت أقلهما فلأن مازاد بعد ذلك من جملة الزيادات المتصلة وعين الاشجار باقية فيفوز بها البائع ولا تحسب عليه قال الامام ولصاحب الوجه الاول أن يقول نعم البائع يفوز ولكن يبعد ان يفوز بها وهى حادثة فى ملك غيره ثم لا يحسبها من المبيع فاذا فاز بها فليقدر كأنها وجدت يوم البيع واذ بين اختلاف قيمة الاشجار والثمار بالتمثيل فنقول كانت قيمة الشجرة يوم البيع عشرة وقيمة الثمرة خمسة فلو لم تختلف القيمة لأخذ الشجرة بثلثى الثمن فصارت الثمرة بالثلث ولو زادت قيمة الثمرة فكانت عشرة يوم القبض فكما لو كانت القيمة بحالها على المشهور وعلى الوجه البعيد يضارب بنصف الثمن ولو نقصت فكانت يوم القبض درهمين ونصفا يضارب بخمس الثمن ولو زادت قيمة الشجرة أو نقصت فالحكم على الوجه الثانى كما لو بقيت بحالها وعلى الاول كذلك إن نقصت وان زادت فكانت خمسة عشر فيضارب بربع الثمن ثم ذيل الامام المسألة بكلامين مستفادين (أحدهما) اذا اعتبرنا فى الثمار أقل القيمتين فان كانتا متساويتين لكن وقع بينهما نقصان نظر إن كان بمجرد انخفاض السوق فلا عبرة به وان كان لعيب طرأ و زال فكذلك على الظاهر كما أنه يسقط بزواله حق الرد وان لم يزل العيب لكن عادت قيمته الى ما كان بارتفاع السوق قال والذي أراه أن فى هذه الصورة تعتبر قيمة يوم العيب دون البيع و القبض لأن النقصان الحاصل من ضمان البائع والارتفاع بعده فى ملك المشترى لايصلح جائزاله (والثانى) اذا اعتبرنا فى الاشجار أكثر القيمتين فلو كانت قيمة الشجرة يوم العقد مائة و يوم القبض خمسين ويوم رجوع البائع مائتين فالوجه القطع باعتبار المائتين

جوزناه فالزيادة غير مبيعة ولمشتريها الخيار هكذا قال صاحب التهذيب وذلك موافق لما قاله فيما إذا قال بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم فخرجت بخلافه والرافعي رحمه الله تعالى أتى بعبارة مشكلة فقال انه لو باع صبرة حنطة بصبرة شعير صاعا بصاع أو بصاعين فالحكم كما لو كانتا من جنس واحد ومقتضى ذلك أنه إن خرجتا متساويتين صح وان خرجتا على خلاف مايقتضيه التوزيع فعلى القولين المتقدمين في الجنس الواحد وفيه نظرفان البطلان هناك مأخذه التفاضل فى الجنس الواحد ولعل مراده ماقاله صاحب التهذيب بالقولين وأنه ناقل الجملة كما تقدم عن صاحب التهذيب فيما إذا قال بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم فان فيه قولين (أصحهما) عند صاحب التهذيب البطلان لانه باع جملة الصبرة بالعشرة بشرط مقابلة كل صاع منها بدرهم والجمع بين هذين الأمرين عند الزيادة والنقصان محال وهذا حاصل ههنا ولا يظهر فرق فى ذلك بين ان يكون الدين معينا أو فى الذمة ولا بين أن يكون نقداً أو غيره وهذه العلة التى جعلهاصاحب التهذيب علة للبطلان هى بعينها علة المصنف والقاضى أبى الطيب فى الفسخ والذي

ولو كانت قيمتها يوم العقد ويوم القبض ما ذكرنا و يوم الرجوع مائةاعتبرنا يوم الرجوع على أن ماطرأمن زيادةوزال ليس ثابتايوم العقدحتى نقول انه وقت المقابلةلايوم أخذ البائع حتى يحسب عليه ولك أن تقول هذا ان استقام فى طرف الزيادة تخريجا علي ماسبق ان مافاز به البائع من الزيادات الحادثةعند المشترى يقدر كالموجودعند البيع فلايستقيم فى طرف النقصان لان النقصان الحاصل فى يد المشترى كعيب حدث فى المبيع واذا رجع البائع الى العين المبيعة لزمه القناعة بهاولايطالب المشترى للعيب بشيء والله تعالى أعلم * وينبغى أن تعرف أن سبيل التوزيع فى كل صورة تلف فيها أحد الشيئين المبيعين واختلفت القيمة وأراد الرجوع فى الباقى علي ماذكرنا فى الاشجار والثمار بلا فرق *

قال ﴿ أما الزيادة الملتحقة بالمبيع من خارج ينظر ان كان عينا محضا كما لو بنى المشترى أو غرس فعلى ثلاثة أقوال * أحدها أنه فاقد عين ماله * والثانى أنه يباع الكل فيوزع به على نسبة القيمة * والاصح أنه يرجع الى العين و يتخير فى الغراس بين أن يبذل قيمته و بين أن يغرم أرش النقصان أو يبقى بأجرة ﴾ *

(النوع الثانى) من الزيادات هى الملحقة بالمبيع من خارج وتنقسم الى عين محضة والى صفة محضة والى مايتركب منهما (القسم الاول) العين المحضة ولهاضربان (أحدهما) أن تكون قابلة للتمييز عن المبيع كما اذا اشترى أرضافغرس فيها أوبنى ثم أفلس قبل توفية الثمن * واعلم أن منقول المصنف وشيخه فى المسألة يخالف منقول جمهور الاصحاب على طبقاتهم فنذكرمنقولهم الذى عليه الاعتماد ثم نعود الى ما نقلاه قال الاصحاب

ينبغي التفصيل بين أن يقع ذكر الكل في معرض الشرط أو في معرض تفصيل الثمن فان خرج مخرج تفصيل الثمن كقوله بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة كل صاع منها بصاع منها فهذا تفصيل الثمن والصفقة تتعدد به فيكون الكلام متضمنا لعقدين متضادين (أحدهما) مقابلة المجموع بالمجموع (والثاني) المقابلة التفصيلية فيتجه هنا البطلان كما قال صاحب التهذيب وان خرج مخرج الشرط مثل أن يقول بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة على أن كلا منهما عشرة آصع مثلا فيتجه هنا ماقاله المصنف والقاضي أبو الطيب لانه ليس هنا الا صفقة تضمنت شرطا وقد أخلف فيثبت الخيار كما تقدم وفيه نبه النووي على ذلك مستدركا على الرافعي فنقل ماقاله المصنف والقاضي عن أكثر أصحابنا وأما كونه يفسخ بينهما عند التمانع فنظيره ما اذا اشترى ثمرة ولم يأخذها حتى حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز على أحد القولين اذا تشاحا يفسخ الحاكم البيع بينهما *

﴿ فرع ﴾ ذكره القاضي حسين مع المسائل المتقدمة وأطلقه ويتعين ذكره هنا وحمله على الجنس بما يخالفه اذا قال بعت منك هذا الصبرة بهذه الصبرة على أنها عشرة أقفزة فخرجت عشرة أقفزة جاز العقد وان

اذا اختار البائع الرجوع في الارض نظر ان اتفق الغرماء والمفلس على القلع وتفريغ الأرض وتسليمها بيضاء رجع فيها وهم يستقلون بالقلع وليس له أن يلزمهم أخذ قيمة الغراس والبناء لتملكها مع الارض فاذا قلعوا الغراس والبناء وجب تسوية الحفر من مال المفلس فان حدث في الارض نقص بالقلع وجب أرش النقص في ماله ويضارب البائع به او يقدم على سائر الغرماء في المهذب والتهذيب أنه يقدم لأنه لتخليص ماله واصلاحه وذكر الشيخ ابو حامد انه يضارب مع الغرماء * وان قال المفلس يقلع وقال الغرماء يأخذ القيمة من البائع لتملكه أو بالعكس اووقع هذا الاختلاف بين الغرماء قال القاضي ابن كج يجاب من في قوله المصلحة وان امتنعوا جميعا من القلع لم يجبروا عليه لانه حين بني وغرس لم يكن متعديا وحينئذ ينظر ان رجع على ان يتملك البناء والغراس مع الارض بقيمتها أو يقلع ويغرم ارش النقص فله ذلك لان الضرر يندفع عن الجانبين بكل واحد من الطريقين والاختيار فيهما اليه وليس للمفلس والغرماء الامتناع من القبول لان مال المفلس معرض للبيع فلا يختلف غرضهم بين أن يتملكه البائع او يشتريه أجنبي ويخالف هذا ما اذا زرع المشتري الارض وأفلس ورجع البائع في الارض حيث لايتمكن من تملك الزرع بالقيمة ولا من القلع وغرامة الارش لان للزرع امدا ينتظر يسهل انتظاره والغراس والبناء للتأبيد وان أراد الرجوع في الارض وحدها وابقاء البناء والغراس للمفلس والغرماء نقل عن المزني ان له الرجوع وانه قال في موضع آخر لايرجع وللاصحاب طريقان (أصحهما) وبه قال المزني وابن سريج وأبو اسحق أن في المسألة قولين (أحدهما) وهو اختيار المزني أن له أن يرجع كما لو صبغ الثوب المشتري ثم أفلس يرجع البائع في

خرجت أحد عشر هل يجوز العقد اولافيه قولان بناء على الاشارة والعبارة (ان قلنا) لا يصح فلا كلام (وان قلنا) يصح فى العشرة فالقدر الزائد ان يكون فيه وجهان (أحدهما) أنه للمشترى لانا غلبنا الاشارة (والثانى) أنه للبائع لان المشترى قد سلم له المبيع المسمى في العقد (إن قلنا) ان الزيادة للمشترى فهل يثبت للبائع الخيار فى فسخ البيع أولا (الصحيح) لا لوجود التفريط من جهته فى ترك المكايلة وفيه وجه آخر أن له الخيار (وان قلنا) الزيادة للبائع فهل للمشترى الخيار فيه وجهان ظاهر ان (أحدهما) نعم لانه لم يسلم له جميع الصبرة (والثانى) لا لانه سلم له ماصرح به فى العقد وهو عشرة أقفزة فأما اذا خرجت تسعة ففى صحة العقد قولان (ان قلنا) يصح ثبت للمشترى الخيار فى فسخ العقد دون البائع فان فسخ فلا كلام وان أجاز فبكم يجيز فيه وجهان (أحدهما) بحصته من الثمن (والثانى) بجميع الثمن هذا كلام القاضى الحسين والله أعلم *

الثوب ويكون المفلس شريكا معه بالصبغ (وأصحهما) المنع لما فيه من الضرر فان الغراس بلا أرض والبناء بلا مقر ولا مر ناقص القيمة والرجوع انما يثبت لدفع الضرر بخلاف مسألة الصبغ فان الصبغ كالصفة التابعة للثوب (والثانى) تنزيل النصين على حالين وله طريقان (عن القاضى أبي حامد) فى آخرين انه حيث قال يرجع أراد ما اذا كانت الارض كثيرة القيمة والبناء والغراس مستحقرين بالأضافة اليها وحيث قال لا يرجع أراد ما اذا كانت الأرض مستحقرة بالاضافة اليهما والمعني فى الطريقين اتباع الاقل للاكثر ومنهم من قال حيث قال يرجع أراد ما اذا رجع فى البياض المتخالل بين الابنية والاشجار وضارب للباقى بقسطه من الثمن يمكن منه لانه ترك بعض حقه فى العين فاذا فرعنا على طريقة القولين فان قلنا ليس له الرجوع فى الارض و إبقاء البناء والغراس للمفلس فالبائع يترك الرجوع ويضارب مع الغرماء بالثمن أو يعود الي بذل قيمتهما أوقلعهما وغرامة ارش النقص وان مكناه منه فوافق البائع الغرماء وباع الارض منهم حتي باعوا البناء والغراس فذاك وطريق التوزيع مابيناه فى الرهن وان ابى فهل يجبر فيه قولان (أحدهما) نعم كما فى مسألة الصبغ (وأصحهما) لا لان إفراد البناء والغراس بالبيع متأت بخلاف الصبغ واذا لم يوافقهم فباعوا البناء والغراس بقى للبائع ولاية التملك بالقيمة والقلع مع غرامة الارش وللمشترى الخيار فى البيع ان كان جاهلا بحال ماشتراه ذكره الصيدلانى وغيره هذه طريقة الجمهور واما الامام فان محصول ماذكره فى المسألة أربعة أقوال (أحدها) انه فاقد عين ماله ولا رجوع بحال لان الرجوع فى الارض ينقص قيمة البناء والغراس (والثانى) أن الارض والبناء يباعان معا دفعا للخسران عن المفلس كما يفعل بالثوب المصبوغ (والثالث) انه يرجع فى الارض و يتخير بين ثلاث خصال تملك البناء والغراس بالقيمة أوقلعهما مع غرامة ارش النقصان أوابقاؤهما باجرة المثل يأخذها من ملكيهما واذا عين واحدة من هذه الخصال

﴿ فرع ﴾ مفهوم كلام الشافعي رضى الله عنه المتقدم وقوله إنما يكون الخيار فيما نقص فيما لا ربا فيه يقتضى أنه إذا باع صبرة بغير جنسها سواء كان طعاما أودراهم أوغيرذلك مكايلة فخرجت إحداهما ناقصة أنه يصح ويثبت الخيار وذلك مخالف لما صححه صاحب التهذيب من البطلان اذا قال بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم فخرجت ناقصة أو زائدة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو باع اناء فضة بدينار على أن وزنه مائة فتفرقا وكان وزنه تسعين قال الروياني في البحر للمشتري الخيار قال وان كان زائدا فلا خيار له وهل للبائع الخيار اذا قال عندي أن الوزن مائة فأن كذبه المشترى وكان عالما به فلا خيار وإن صدقه يحتمل وجهين وان باعه وأخبر أن وزنه مائة لا على طريق الشرط فزاد أو نقص فلا خيار *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ ويعتبر التساوى فيما يكال ويوزن بكيل الحجاز ووزنه لما روى أن النبي ﷺ قال «المكيال مكيال أهل المدينة والميزان ميزان أهل مكة» ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الحديث المذكور رواه أبو داود والنسائي ولفظه أبي داود «الوزن وزن أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة» ولفظ النسائي «المكيال على مكيال أهل المدينة والوزن على وزن أهل مكة» رواه من حديث عبدالله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم وذكر أبو داود اختلافا في سنده ومتنه (أما) السند فقيل فيه عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم وهذا لايضر فانه أياما كان فهو صحابي (واما) المتن فانه رواه باللفظ

فاختار المفلس والغرماء غيرها او امتنعوا من الكل فوجهان في انه يرجع الى الارض ويقلع مجانا أو يجبرون علي ماعينه (والرابع) حكاه عن رواية العراقيين انه ان كانت قيمة البناء اكثر فالبائع فاقد عين ماله وان كانت قيمة الأرض اكثر فواجد وتابعه صاحب الكتاب وغيره من أصحابه واقتصروا على الاقوال الثلاثة الاول وانت اذا تأملت هذا الكلام بعد وقوفك على المذهب المعتمد وتصفحك عن كتب علمائنا ورأيت ما بينهما من المخالفة الصريحة قضيت منه العجب منه وقلت ليت شعرى من اين أخذت هذه الاقوال ثم حفظت لسانك استعمالا للادب والله أعلم وبه التوفيق *

﴿ فرع ﴾ اشترى الارض من رجل والغراس من آخر وغرسها فيها ثم أفلس فلكل واحد منهما الرجوع الى عين ماله ثم إذا رجعا فان أراد صاحب الغراس البيع مكن منه وعليه تسوية الحفر وارش نقص الارض إن نقصت وان أراده صاحب الارض فكذلك ان ضمن ارش النقص

المتقدم من حديث سفيان عن حنظلة عن طاوس عن ابن عمر قال و رواه الوليد بن مسلم عن حنظلة قال « وزن المدينة ومكيال مكة » قال أبو داود أيضا واختلف في المتن فى حديث مالك بن دينار عن عطاء عن النبي ﷺ وقد ذكره أبو عبيد فى غريب الحديث فقال و بعضهم يقول « الميزان ميزان المدينة والمكيال مكيال مكة » قال أبو عبيد يقال إن هذا الحديث أصل لكل شيء والكيل والوزن إنما يأتم الناس فيهما باهل مكة وأهل المدينة وان تغير ذلك في سائر الامصار قال الخطابي لى هذا حديث قد تكلم فيه بعض الناس وتخبط فى تأويله وزعم أن النبي ﷺ أراد بهذا القول تعديل الموازين والارطال والمكاييل وجعل عيارها أوزان أهل مكة ومكاييل أهل المدينة فيكون عند الشارع حكما بين الناس يحملون عليها اذا تداعوا فادعى بعضهم وزنا أوفى أومكيالا أكبر وادعى الخصم أن الذى لزمه هو الاصغر منهما دون الاكبر قال وهذا تأويل فاسد خارج عما عليه أقاويل أكثر الفقهاء وذلك أن من أقر لرجل بمكيلة بر أو بغيره أو برطل من تمر أو غيره فاختلفا في قدر المكيلة والرطل فانهما يحملان على عرف البلد وعادة الناس فى أوزان البلد الذى هو به ولا يكلف أن يعطى برطل مكة ولا بمكيال المدينة وكذلك إذا أسلف فى عشرة مكاييل قمح أو شعير وليس هناك إلا مكيلة واحدة معروفة فأنهما يحملان عليها فأن كان هناك مكاييل مختلفة فأسلفه فى عشر مكاييل ولم يصف الكيل بصفة يتميز بها عن غيره فالسلم فاسد وعليه رد الثمن و إنما جاء الحديث

والا فوجهان (أحدهما) المنع لانه غرس بحق فلا يقلع من غير غرامة كما لو كان للمفس (والثانى) الجواز لانه باع الغراس مقلوعا فيأخذها كذلك *

قال ﴿ فان لم تقبل الزيادة التميز كما لو خاط مكيلة زيت بمكيلة من جنسه أو أردأ منه رجع (و) البائع الى مكيلة واحدة * وان خلط بأجود فهو فاقد على قول * ويباع على قول و يوزع على نسبة القيمة * وعلى قول يقسم المكيل على نسبة القيمة * والفرق بينه و بين الاردأ أن ما حصل من نقصان الصفة يمكن أن يجعل عينا فى حق البائع فيقال له اما أن تقنع بالمبيع بعيب أو تضارب * وتضييع جانب المشترى لاوجه له هذا هو النص * ونقل عن ابن سريج لتسوية ﴾ *

(الضرب الثانى) ألا تكون الزيادة قابلة للتمييز كخلط ذوات الامثال بعضها ببعض فاذا اشترى صاع حنطة وخلطه بصاع حنطة أومكيلة زيت وخلطه بمكيلة زيت ثم أفلس نظران كان المخلوط بمثل المبيع فللبائع الفسخ وتملك مكيلته من المخلوط وطلب القسمة فان طلب البيع فهل يجاب اليه فيه وجهان (أصحهما) لا كما لا يتمكن الشركاء من ان يطالب بعضهم بعضا بالبيع (والثانى) نعم لانه لا يصل بالقسمة الى عين حقه و بالبيع يصل الى بدل حقه وقد يكون له غرض فيه فيباع الكل و يصرف نصف الثمن اليه

في

فى نوع مايتعلق أنه حكام الشريعة فى حقوق الله سبحانه وتعالى دون مايتعامل به الناس فى مبايعاتهم وأمور معاشهم (وقوله) والوزن وزن أهل مكة يريدون الذهب والفضة خصوصا دون سائر الأوزان معناه ان الوزن الذى تتعلق به الزكاة في النقود دون أهل مكة وهى دراهم الاسلام المعدلة منها العشرة بسبعة مثاقيل فاذا ملك رجل منها مائتي درهم وجبت فيها الزكاة وذلك أن الدراهم مختلفة الاوزان فى بعض البلدان والاماكن فمنها البغلى ومنها الطبرى ومنها الخوارزمي وأنواع غيرها فالبغلى ثمانية دوانيق والطبرى أربعة دوانيق وهو نقد أهل مكة ووزنهم الجائز بينهم وكان أهل مكة يتعاملون بالدراهم عددا وقت مقدم رسول الله ﷺ إياها والدليل عليه قول عائشة رضى الله عنها فى قصة بريرة «إن شئت أعدها لهم» فارشدهم ﷺ الي الوزن فيها وجعل العيار وزن أهل مكة دون مايتفاوت وزنه فيها فى سائر البلدان وأطال الخطابى فى تحقيق الدراهم وضربها ثم قال (وأما) قوله والمكيال مكيال أهل المدينة فانما هو الصاع الذى يتعلق به وجوب

وان كان المخلوط أردأ من المبيع فله الفسخ والرجوع إلى حقه من المخلوط أيضا ولكن فى كيفيته وجهان نقلهما العراقيون وتابعهم صاحب التهذيب (أحدهما) وبه قال أبو اسحق ان المكيلتين تباعان ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين لانه ان أخذ مكيلة منه نقص حقه وان أخذ أكثر من مكيلة لزم الربا فعلى هذا لو كان المبيع يساوى درهمين والمخلوط به درهما قسم الثمن بينهما أثلاثا (وأصحهما) أنه ليس له إلا أخذ مكيلة منه والمضاربة مع الغرماء لانه نقصان حصل فى المبيع فاشبه تعيب العبد والثوب * وان كان المخلوط به أجود فقولان (أحدهما) وهو اختيار المزنى أن له الفسخ والرجوع الى حقه من المخلوط كالخلط بالمثل والاردأ وأيضا فانه لو اشترى ثوبا وصبغه أو سويقا فلتة لا ينقطع حق الرجوع فكذلك ههنا (وأصحهما) أنه لارجوع وليس له الا المضاربة بالثمن لان الرجوع الى عين المبيع متعذر ههنا حقيقة وحكما (أما) حقيقة فللاختلاط (وأما) حكما فلان فى هذا الخلط لايمكن من المطالبة بالقسمة بأخذ مكيلة من المخلوط لما فيه من الاضرار بصاحب الاجود بخلاف مااذا كان الخلط بالمثل والاردأ فان المطالبة بالقسمة والمأخوذ بمثابة الاول حكما قال الشافعى رضى الله عنه فى تقرير هذا القول ولايشبه يعني مانحن فيه الثوب يصبغ والسويق يلت لأن عين ماله فيه زيادة والذائب اذا اختلط تقلب حتي لاتوجد عين ماله ومعناه أن الاختلاط اذا حصل لم تكن الاشارة الى شىء من المخلوط بانه المبيع فكانه هلك بخلاف الثوب المصبوغ والسويق الملتوت ومن هذا الفرق خرج مخرجون فى الخلط بالمثل والاردأ قولا آخر أنه ينقطع به حق الرجوع وايد ذلك بأن الحنطة المبيعة لو انهالت عليها حنطة أخرى قبل القبض ينفسخ العقد على قول تنزيلا له منزلة التلف والأظهر القطع بأن الخلط بالمثل والاردأ لا يمنع الرجوع على ما سبق ويفارق اختلاط المبيع قبل القبض لان الملك غير

الكفارات ويجب إخراج صدقة الفطر به وتكون بقدر النفقات وما فى معناها معيار وللناس صيعان مختلفة فصاع أهل الحجاز خمسة أرطال وثلث بالعراقى وصاع أهل البيت فيما يذكره زعماء الشيعة تسعة أرطال وثلث وينسبونه إلى جعفر بن محمد وصاع أهل العراق ثمانية أرطال وهو صاع الحجاج الذى سعر به على أهل الأسواق ولما ولى خالد بن عبد الله القسرى العراق ضاعف الصاع فبلغ به ستة عشر رطلا فأذا جاء باب المعاملات حملنا العراقى على الصاع المتعارف المشهور عند أهل بلاده والحجازى علي الصاع المعروف ببلاد الحجاز وكذلك أهل كل بلد على عرف أهله فأذا جاءت الشريعة وأحكامها فهو صاع المدينة فهو معنى الحديث وتوجيهه عندي والله أعلم * هذا آخر كلام الخطابى رحمه الله وكذلك قال ابن معن فى شرح المهذب إن هذا الذى ذكره الشيخ يحتاج إلى تأويل إذ لاخلاف أن التساوى لا ينحصر فى الكيل بمكيال المدينة ولا التساوى بميزان مكة فى الموزونات والمكيلات فى سائر البلاد بل أي كيل

مستقر فلا يبعد تأثره بما لا يتأثر به الملك المستقر * واذا فرعنا فى الخلط بالأجود على قول الرجوع ففى كيفيته قولان (أصحهما) أنه يكون شريكا كما فى صبغ الثوب (والثانى) عن رواية الربيع والبويطى أن نفس المكيلتين يقسم بينهما باعتبار القيمة فاذا كانت المكيلة المبيعة تساوى درهما والمخلوط بها درهمين أخذ من المكيلتين ثلثي مكيلة وربما يخرج هذا الخلاف على أن القسمة بيع أو افراز حق (ان قلنا) بالاول لم يقسم عين الزيت لما فى هذه القسمة من مقابلة مكيلة بثلثى مكيلة (وان قلنا) بالثانى فيجوز وكأنه أخذ بعض حقه وترك بعضه ومن الأصحاب من ينقل بدل القولين الآخرين وجهين وينسب الأول إلى أبى اسحق واذا ترك الترتيب والتنزيل حصل فى الخلط بالأجود ثلاثة أقوال كما ذكر فى الكتاب (أصحها) أنه فاقد عين ماله (والثانى) أنه يرجع فيباع الكل ويوزع على نسبة القيمتين (والثالث) أنه يقسم المكيلتان على نسبة القيمتين (وأما) قوله ونقل عن ابن سريج التسوية بين الخلط بالاجود والاردأ فالسابق الي الفهم من ظاهره التسوية فى طرد الأقوال الثلاثة وليس المراد ذلك وانما المراد التسوية فى طرد القولين الآخرين حتى يقول إذا ساوى المبيع درهمين والمخلوط به درهما يباعان على قول ويكون ثلثا الثمن للبائع والثلث المفلس وفى قول يقسم عين المخلوط فيصرف ثلثاه الى البائع والثلث الى المفلس والأول هو الذى قدمنا حكايته عن أبى اسحق ولا أقول إن القول بكونه فاقداً عين ماله لا مجال له فى الخلط بالاردأ كيف وقد قدمنا أن بعضهم خرجه ولكن لا تعلق له بابن سريج والمنقول عنه في النهاية والوسيط ما بيناه والفرق بين طرف الاجود حيث نظرنا فيه الى الفسخ وبين طرف الأردأ حيث الزمناه القناعة بمكيلة من المخلوط على ظاهر المذهب وأصح فى الكتاب * ونختم المسألة بذكر شيئين (أحدهما) قال الامام اذا قلنا

اتفقا عليه أوميزان اتفقا عليه وعرف التساوى جاز البيع وان لم يكن ميزان مكة أو كيل المدينة وكذلك قال إمام الحرمين انه لا خلاف أن اعتبار مكاييل أهل المدينة وموازين أهل مكة لا تراعي وقال الشارحون للمهذب والأصحاب إنه ليس المراد أنه لا يكال إلا بكيل المدينة ولا يوزن إلا بوزن مكة وإنما المراد أن المرجع فى كون الشيء مكيلا أو موزونا إلى هذين البلدين فكل مطعوم كان أصله بالحجاز فى عهد رسول الله ﷺ الكيل كالبر والشعير والتمر والملح والاوبية والباقلا قالها

الخلط يلحق المبيع بالمفقود فلو كان أحد الخليطين كثيراً والآخر قليلا لا تظهر به زيادة فى الحس وبيع مثله بين المكيلين فان كان الكثير للبائع فالوجه القطع بكونه واجداً عين ماله وان كان الكثير للمشترى فالظاهر كونه فقداً (الثانى) لو كان المخلوط به من غير جنس المبيع كالزيت والشيرج فلا فسخ وهو بمثابة مالو تلف المبيع قال الامام وفيه احتمال سيما على قولنا ببيع المخلوط وقسمة الثمن *

قال ﴿ وان كانت الزيادة عينا من وجه ووصفا من وجه كما لو صبغ الثوب فان لم تزد قيمته فلا أثر له * وان زاد فالمشترى شريك (ح) بذلك القدر الذى زاد * الا إذا كانت الزيادة أكثر من قيمة الصبغ فالزيادة على قيمة الصبغ صفة محضة * وفى الصفة المحضة فى طحن الحنطة ورياضة الدابة وقصارة الثوب وكل مايستأجر على تحصيله قولان * (أحدهما) أنه يسلم للبائع فهو كالزيادة المتصلة من السمن وغيره * (والثانى) أنها كالصبغ لأنها عمل محترم متقوم * بخلاف مالو صدر من الناصب فانه عدوان محض * فعلى هذا للاجير حق الحبس * ولو تلف الثوب فى يد القصار سقطت أجرته ﴾ *

هذا الفصل يشتمل على القسمين الباقيين من أقسام النوع الثاني من الزيادات وتقديم المؤخر منها فى لفظ الكتاب اليق بالشرح فنقدمه ونقول (القسم الثانى) الصفة المحضة فاذا اشترى حنطة فطحنها أو ثوباً فقصره أو خاطه بخيوط من نفس الثوب ثم أفلس فللبائع الرجوع الى عين ماله ثم ينظر إن لم تزد قيمته فلا شركة للمفلس فيه وان نقصت قيمته فلا شيء للبائع معه وان زادت فقولان (أحدهما) واختاره المزنى أن الزيادة بهذه الأعمال تجرى مجرى الآثار ولا شركة للمفلس فيها لانها صفات تابعة حصلت بفعله فهى كسمن الدابة بالعلف وكبر الودى بالسقى والتعهد وأيضا فان القصارة تزيل الوسخ وتكشف عما فيه من البياض فلا تقتضى الشركة كما لو كان المبيع لوزاً فكسره وكشف اللب وزادت به القيمة (وأصحهما) أنها تجرى مجرى الأعيان ويصير المفلس شريكا فيها لأنها زيادة حصلت بفعل متقوم محترم فوجب الا تضيع عليه بخلاف الغاصب لان فعله غير محترم ويخالف سمن الدابة بالعلف وكبر الودى بالسقي لأن القصار إذا عمل عمله صار الثوب

صاحب الاستقصاء ونحو ذلك فاعتبار المماثلة فيه بالكيل وما كان أصله بالحجاز الوزن كالذهب والفضة ونحوهما فاعتبار المماثلة فيه بالوزن قال الشافعي رحمه الله تعالى فى باب بيع الآجال من الأم وأصل الوزن والكيل بالحجاز فكل ما وزن على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأصله الوزن وكل ما كيل فأصله الكيل وما أحدث الناس منه مما يخالف ذلك رد إلى الأصل واتفق الأصحاب على ما قاله الشافعي رحمه الله وإنه إن أحدث الناس خلاف ذلك فلا اعتبار به واستدل له الشيخ أبو حامد والمصنف

مقصوراً لامحالة والسقي والعلف يوجدان كثيراً ولا يحصل السمن والكبر فكان الأثر فيه غير منسوب إلى فعله بل هو محض صنع الله عز وجل ولهذا لايجوز الاستئجار على تسمين الدابة وتكبير الودى ويجوز الاستئجار على القصارة ويجرى القولان فيما لو اشترى دقيقا فخبزه أو لحما فشواه أو شاة فذبحها أو أرضا فضرب من تربتها لبنا أو عرصة وآلات البناء فبني فيها داراً ثم أفلس وعن أبى اسحق أن تعليم العبد القرآن والحرفة والكتابة والشعر المباح ورياضة الدابة لاتلحق بها ولا تجرى مجرى الاعيان قطعا لانه ليس بيد المعلم ولا الرائض الا التعليم وقد يجتهد فيه ولا يحصل الغرض فكان كالتسمين ونحوه ويحكى هذا عن ابن أبي هريرة وابن القطان ايضا (والاصح) وبه قال ابن سريج وصاحب التلخيص والقاضى أبو حامد أنها من صور القولين لانها أعمال يجوز الاستئجار عليها ومقابلتها بالعوض وضبط صور القولين أن يصنع بالمبيع مالا يجوز الاستئجار عليه فيظهر به أثر فيه وانما اعتبرنا ظهور الأثر فيه لان حفظ الدابة وسياستها عمل يجوز الاستئجار عليه ولا تثبت به الشركة لانه لايظهر بسببه أثر على الدابة ثم الأثر تارة يكون صفة محسوسة كالطحن والقصارة وتارة يكون من قبيل الاخلاق كالتعليم والرياضة * اذا عرفت القولين ومحلها (فان قلنا) بالاول أخذ البائع المبيع وفاز بزيادته (وان قلنا) بالثاني فيباع ويكون للمفلس من الثمن بنسبة مازاد فى قيمته مثاله قيمة الثوب خمسة وبلغت بالقصارة ستة يكون للمفلس سدس الثمن فلو ارتفعت القيمة بالسوق أو انخفضت فالزيادة والنقصان بينهما على قدر هذه النسبة ولو ارتفعت قيمة الثوب دون القصارة بان صار مثل ذلك الثوب لايؤخذ غير مقصور الا بستة ويشترى مقصوراً بسبعة فليس للمفلس الا سبع الثمن والزيادة حصلت فى الثوب ولو زادت قيمة القصارة دون الثوب بأن كان مثل هذا الثوب يشترى مقصوراً بسبعة ويؤخذ غير مقصور بخمسة فللمفلس سبعان من الثمن وعلى هذا القياس * ويجوز للبائع ان يمسك المبيع ويمنع من بيعه ويبذل للمفلس مازاد بسبب الاعمال كذا نقل صاحب التهذيب وغيره كما انه يبذل قيمة الغراس والبناء ومنع فى التتمة منه لان الصفة لاتقابل بعوض (واما) قوله فعلى هذا

وغيرهما بالحديث المذكور فى الكتاب واحتج له ابن الصباغ وابن أبى عصرون من جهة المعنى بأن ما كان مكيلا منه فى زمنه ﷺ انصرف التحريم اليه بتفاضل الكيل وكذلك ما كان يوزن فلا يجوز أن يغير بعد ذلك والحديث وان لم يذكر فيه إلا مكة والمدينة فلا خلاف أنه لا يختص بهما بل الحجاز كله كذلك وأطلق الشافعى والأصحاب ذلك اطلاقا وذكره صاحب البيان واسماعيل الحصرى شارح المهذب مبينا فقالا مكة والمدينة ومخالفيها وقال صاحب الأستقصاء تبعا للشيخ أبى

فللآخير حق الحبس الى آخره فهو اشارة الى فرعين لا تعلق لهما بالمفلس (أحدهما) اذا استأجر للقصارة أو الطحن فعمل الأجير عمله هل له حبس الثوب المقصور والدقيق لاستيفاء الأجرة (فأن قلنا) القصارة وما فى معناها أثار فلا (وان قلنا) انها أعيان فنعم كما أن البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وهذا ما اختاره الاكثرون واحتجوا به للقول الثانى موهمين كونه مجزوما به (والثانى) إذا تم القصار والطحان العمل وتلف محل العمل فى يده (فان قلنا) بالأول استحق الأجرة وكانه وقع مسلما بالفراغ (وان قلنا) بالثانى لم يستحق لانه تلف قبل التسليم كما يسقط الثمن بتلف المبيع فى يد البائع وهذا الفرع قد أعاده فى الكتاب فى باب الاجارة (القسم الثالث) ماهو عين من وجه وصفة من وجه كصبغ الثوب ولت السويق وما أشبههما فاذا اشترى ثوبا وصبغه ثم أفلس نظر ان لم ترد القيمة بالصبغ أو نقصت فالحكم على مامر فى القسم الثانى وان زادت فاما أن تزيد بقدر قيمة الصبغ كما اذا كان الثوب يساوى أربعة والصبغ درهمين وكانت قيمته مصبوغا ستة فللبائع أن يفسخ البيع فى الثوب ويكون المفلس شريكا بالصبغ فيباع ويكون الثمن بينهما أثلاثا وكيف تنزل الشركة بينهما أنقول كل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس كما لو غرس الارض أو نقول يشتركان فيهما جميعا بالأثلاث لتعذر التمييز كما فى خلط الزيت حكى صاحب التهذيب فيه وجهين (الحالة الثانية) أن تكون الزيادة أقل من قيمة الصبغ كما اذا كانت قيمته مصبوغا خمسة فالنقصان محال على الصبغ لانه هالك فى الثوب والثوب قائم بحاله اذا بيع قسم الثمن بينهما أخماسا أربعة أخماس للبائع وخمسة للمفلس (الحالة الثالثة) أن تكون الزيادة أكثر من قيمة الصبغ كما إذا كانت قيمته مصبوغا مائة فإذا زاد على قيمتها فانما زاد بصنعة الصبغ فيبنى على أن القصارة ونحوها من الاعمال آثار أم أعيان (ان قلنا) إنها أعيان فالزيادة بالصبغ للمفلس وذلك مثل قيمة الثوب فيجعل الثمن بينهما نصفين (وان قلنا) إنها آثار فقد حكى الامام أن الشيخ أبا على ذكر فى الشرح أن البائع يفوز بها على ماهو سبيل الزيادات المتصلة وحينئذ يكون الثمن بينهما أرباعا ثلاثة أرباع للبائع والرابع للمفلس قال وكنت أودان نقص أثر الصفة على الثوب والصبغ حتى يجعل الثمن بينهما أثلاثا ويكون ثلثاه للبائع والثلث

حامد والمحاملي وغيرهما وذكر مكيال أحد البلدين وميزان الآخر على سبيل التنبيه بما ذكر في كل واحد منهما على مالم يذكره في البلد الآخر ولذلك جاء الخبر على الوجهين يعني الوجهين اللذين ذكرهما أبو داود في المتن في رواية «وزن مكة ومكيال المدينة» وفي رواية «وزن المدينة ومكيال مكة» وقد سبقه الى هذا المعنى الشيخ أبو حامد قال فأن ذلك لم يختلف على عهد رسول الله ﷺ في البلدين جميعا فأن كانت تكال كانت العادة فيهما الكيل وكذلك الوزن ومما استدل به المحاملي في

للمفلس لان الصنعة اتصلت بالثوب والصبغ جميعا وهذا الذي قلناه هو الذي أورده الشيخ في شرح الفروع وصاحب التهذيب والاكثرون وفي كتاب ابن كج نقل الوجهين معا * ولو ارتفعت القيمة بعد الصبغ فبلغت ستة عشر مثلا أو وجد من اشتراه بهذا المبلغ ففي كيفية القسمة هذه الوجوه الثلاثة والربح بكل حال يقسم بحسب قسمة الاصل * واذا عرف القدر الذي يستحقه المفلس من الثمن فان شاء البائع تسليمه ليخلص له الثوب مصبوغا فله ذلك ومنع صاحب التتمة منه كما ذكرنا في القسم الثاني * هذا كله فيما اذا صبغ الثوب المشتري بصبغ من عنده أما اذا اشترى ثوبا وصبغا من انسان وصبغه به ثم أفلس فللبائع فسخ البيع والرجوع اليهما الا أن تكون القيمة بعد الصبغ كقيمة الثوب بعدها قبل الصبغ أودونها فيكون فاقد الصبغ وان زادت القيمة بان كانت قيمة الثوب أربعة وقيمة الصبغ درهمين والثوب مصبوغا يساوي ثمانية فعلى الخلاف في أن الصباغات آثار أم أعيان (ان قلنا) بالاول أخذهما ولا شركة للمفلس (وان قلنا) بالثاني فالمفلس شريك بالربع * ولو اشترى الثوب من واحد باربعة وهي قيمته والصبغ من آخر بدرهمين وهما قيمته وصبغه به وأراد البائعان الرجوع فان كان الثوب مصبوغا لايساوي أكثر من أربعة فصاحب الصبغ فاقد ماله وصاحب الثوب واجد ماله بكماله ان لم ينقص عن أربعة وناقصا ان لم يبلغ وان كانت قيمته بعد الصبغ ثمانية (فان قلنا) ان الاعمال آثار فالشركة بين البائعين كما هي بين البائع والمفلس اذا صبغه بصبغ نفسه تفريعاً على هذا القول (وان قلنا) أعيان فنصف الثمن لبائع الثوب وربعه لبائع الصبغ وربعه للمفلس * ولو اشترى صبغا وصبغ به ثوبا كان له فللبائع الرجوع ان زادت قيمته مصبوغا علي ما كانت قبل الصبغ والافهو فاقد واذا رجع فالقول في الشركة بينهما على مامر * واعلم أن جميع ماذكرناه في القسمين مفروض فيما إذا باشر المفلس القصارة والصبغ وما في معناه بنفسه أو استأجر أجيرا ووفاه الاجرة قبل التفليس اما اذا حصلها باجير ولم يوفه اجرته فسنذكر حكمه في الفصل الذي يلي هذا الفصل ان شاء الله تعالى *

(فرع) حكم صبغ الثوب كما في البناء والغراس ولو قال المفلس والغرماء نقلعه ونغرم نقصان الثوب قال القاضي ابن كج لهم ذلك (وقوله) في الكتاب عند ذكر الصبغ وان زاد فالمشتري

المسألة أن ما ورد به الشرع مطلقا وليس له حد فى الشرع ولا فى اللغة يرجع فيه الى العرف والعادة وأوالى العادات ما كان فى زمنه ﷺ وهذه الطريقة أولى فان الذى يظهر من قوله «الميزان ميزان أهل مكة» اعتبار الوزن * واعلم أنه ليس فى كلام المصنف ما يقتضى أن يعتبر الاكتيال بمكيال الحجاز بل أنه يعتبر التساوى به ومتى تساوى طعامان فى مكيال أى مكيال كان فعلم استواؤهما فى مكيال الحجاز بمعنى أنه لو كيلا به كانا مستويين وكذلك اذا استوى موزونان فى أى ميزان كان علم أنهما

شريك بذلك القدر الذى زاد يجوز إعلامه - بالواو - لان محل القطع بالشركة ما اذا كان الصبغ مما يمكن فيه التمييز والاستخلاص اما اذا لم يمكن التمييز وصار مستهلكا فعن القاضى أبى حامد وجه انه ينزل منزلة القصارة والطحن حتى يكون للبائع تبعا للثوب على أحد القولين *

قال (ولو كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة القصارة خمسة والأجرة درهم وأفلس قبل توفية الاجرة فيقدم (و) الاجير بدرهم والبائع بعشرة وأربعة للغرماء وان كانت الاجرة خمسة وقيمة القصارة درهم اختص الاجير بالدرهم الزائد وضارب بالاربعة ولا يقال (و) للاجير اقنع بما وجدته من القصارة أو ضارب بكل الاجرة فان القصارة وان شبهت بالصبغ فليست عينا يمكن ايراد الفسخ عليها) *

اذا اشترى ثوبا واستأجر قصارا فقصره ولم يوف أجرته حتى أفلس (فان قلنا) القصارة أثر فليس للاجير الا المضاربة بالاجرة مع الغرماء وللبائع الرجوع فى الثوب المقصور ولا شيء عليه لما زاد وعن صاحب التلخيص أن عليه أجرة القصارة وكأنه استأجره وغلطه الاصحاب فيه (وان قلنا) انها عين نظر ان لم تزد قيمته مقصورا على ما كان قبل القصارة فهو فاقد عين ماله وان زادت فلكل واحد من البائع والاجير الرجوع الى عين ماله فان كانت قيمة الثوب عشرة والاجرة درهما والثوب المقصور يساوى خمسة عشر رجعا وبيع بخمسة عشر وصرف منها عشرة الى البائع ودرهم الى الاجير والباقى للغرماء ولو كانت الاجرة خمسة دراهم والثوب بعد القصارة يساوى أحد عشر فان فسخ الاجير الاجارة فعشرة للبائع ودرهم للاجير ويضارب مع الغرماء بأربعة وان لم يفسخ فعشرة للبائع ودرهم للمفلس ويضارب مع الغرماء بخمسة ولا يخفى من نظم الكتاب أن الجواب فى الصورتين مقصور على قول العين وانهما معطوفتان على قوله من قبل فعلى هذا للاجير حق الحبس ولو تلف الثوب فى يد القصار سقطت أجرته (وقوله) ولا يقال للاجير الى آخره اشارة الى سؤال وجواب مشهورين فى هذا المقام (أما) السؤال فهو انا اذا جعلنا القصارة عينا وزادت بفعله خمسة وجب أن يكون الكل له كما لو زاد المبيع زيادة متصلة وان كانت أجرته خمسة ولم يحصل بفعله الا درهم وجب ألا يكون له الا ذلك لان من وجد عين ماله ناقصة ليس له الا القناعة بها والمضاربة مع الغرماء (والجواب) أنه لاشك فى أن القصارة صفة تابعة للثوب ولا نعنى بقولنا ان القصارة

لو وزنا بميزان الحجاز كانا مستويين فهذا وجه تصحيح كلام المصنف وتكون فائدة ذلك نفى فساد المكيل فى الوزن أو الموزون في الكيل وأما ان أردت دفع السؤال مرة فاجعل قوله بكيل الحجاز ووزنه معمولا لقوله ويكال ويوزن كانه قال ويعتبر التساوى المذكور فى الفصل المتقدم وهو التساوى فى الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون فيما هو مكيل بالحجاز أو موزون به وأما ما ليس مكيلا بالحجاز ولا موزونا به فسيأتي حكمه فهذا محمل سائغ ويؤيده أنه لو كان المراد ويعتبر

عين أنها فى الحقيقة تفرد بالبيع والاخذ والرد كما يفعل بسائر الاعيان ولو كان كذلك جعلنا الغاصب شريكا للمالك إذا قصر الثوب كما جعلناه شريكا اذا صبغه انما المراد أنها مشبهة بالاعيان من بعض الوجوه لان الزيادة الحاصلة بها متقومة مقابلة بالعوض فكما لا تضيع الاعيان على المفلس لا تضيع الاعمال عليه وأما بالاضافة إلى الآجير فليست القصارة مورد الاجارة حتى يرجع اليها بل مورد الاجارة فعله المحصل للقصارة وذلك الفعل يستحيل الرجوع اليه فيجعل الحاصل بفعله لاختصاصه به متعلق حقه كالمرهون فى حق المرتهن أونقول هى مملوكة للمفلس مرهونة بحق الاجير ومعلوم أن الرهن اذا زادت قيمته على الدين لا يأخذ المرتهن منه الا قدر الدين واذا نقصت لا يتادى به جميع الدين * وأعلم قوله ولا يقال للاجير اقنع بالواو لانه حكي فى الوسيط أن بعض الاصحاب قضى بأنه ليس له الا القناعة بالقصارة أو المضاربة على اهو قياس الأعيان ولم أعثر على هذا النقل لغير المصنف لكن ذكر القاضى ابن كج ان أبا الحسين خرج وجهين فى أنه لو قال الغرماء للقصار خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء وصاحب هذا الثوب هل يجبر عليه وان الاصح الاجبار وهذا القياس على البائع اذا قدمه الغرماء بالثمن فكان هذا القائل يعطى القصارة حكم الاعيان من كل وجه * ولو كانت قيمة الثوب المشترى عشرة واستأجر صباغا فصبغه بصبغ قيمته درهم وصارت قيمته خمسة عشر فالاربعة الزائدة على القيمتين حاصلة بصفة الصبغ فيعود فيه القولان فى أنها أثر أم عين فاذا رجع كل واحد من البائع والصباغ الى ماله بيع بخمسة عشرة وقسم على احد عشر ان جعلناها أثرا فللبائع عشرة وللصباغ واحد لان الزيادة تابعة وهذا الاصح يطبق على قولنا ان القصارة مرهونة بحقه اذ ليس للمرتهن التمسك بغير المرهون اذا أدي حقه بوجه طالبها وان جعلناها عينا عشرة منها للبائع ودرهم للصباغ وأربعة للمفلس يأخذها الغرماء ولو كانت المسألة بحالها وبيع بثلاثين لارتفاع السوق أو للظفر براغب قال ابن الحداد للبائع عشرون وللصباغ درهمان وللمفلس ثمانيه وقال غيره يقسم الكل على احد عشر عشرة للبائع وواحد للصباغ ولا شيء للمشترى قال الشيخ أبو على الأول جواب على قولنا انها عين (والثانى) على أنها أثر وبمثله لو كانت قيمة الثوب عشرة واستأجر على قصارته بدرهم وصارت قيمته مقصورا خمسة عشر ثم اتفق بيعه بثلاثين

التساوى بكيل الحجاز ووزنه فيما يكال ويوزن مطلقا لم يحسن قوله بعد ذلك وإن كان مما لا أصل له بالحجاز فى الكيل والوزن وجوز إمام الحرمين فى حمل الحديث احتمالين (أحدهما) ماقاله الخطابى (والثانى) أنه لعل اتحاد المكاييل كان يعم فى المدينة واتحاد الموازين كان يعم بمكة فخرج الكلام على العادة (قلت) وكلا الاحتمالين ممكن وما قاله الخطابى أقرب الى تأسيس القواعد الشرعية (وأما) انحصاره في الأشياء التى ذكرها فلا يلزم بل من جملة الأمور الشرعية التى يجب اندراجها فيه كل مااعتبر الشرع التقدير فيه بالكيل أوالوزن ومن ذلك مايكال ويوزن من الربويات فيعتبر به فيصح استدلال الشيخ والمقصود أن يعتبر بعادة الحجاز فى الكيل والوزن وأما كون المكيل بالكيل والموزون بالوزن فقد تقدم دليله فى الفصل السابق قال بعضهم والسر فى هذا الحديث أن أهل مكة كانوا تجارا لمافيهم من الأغنياء وأهل المدينة كانوا أصحاب النخيل والكيل وقول الشيخ بكيل

ذكر الشيخ أبو محمد والصيدلانى وغيرهما تفريعا على قول العين أنه يتضاعف حق كل واحد منهم كما قاله ابن الحداد فى الصبغ واستدرك الامام فقال ينبغى أن يكون للبائع عشرون وللمفلس تسعة وللقصار درهم كما كان ولا يضعف حقه لما مر أن القصارة غير مستحقة للقصار وانما هى مرهونة بحقه وقد أشار الشيخ أبو علي الى مثل هذا المعني فى مسألة الصبغ واعتذر عنه ابن الصباغ بأنه قابل كانه باع الصبغ بدرهم فتوزع الزيادة على الصبغ والثوب وهذا العذر وان لم يكن واضحا كل الوضوح إذ ليس استئجار الصباغ مجرد شراء الصبغ فلا مساغ له فى القصارة فاذا الاستدراك الذى ذكره الامام فيه فقيه والله أعلم *

(فرع) لو أخفى المديون بعض ماله ونقص الظاهر عن قدر الديون فحجر الحاكم عليه ورجع أصحاب الأمتعة الى أمتعتهم وقسم الحاكم مابقى بين الغرماء ثم باع وظهر صبغه لم ينقص شيء من ذلك لأن للقاضي بيع أموال الممتنع وصرف الثمن إلى ديونه والرجوع إلى عين المال بامتناع

(حديث) ان عمر خطب الناس وقال ألا ان الاسيفع اسيفع جهينة قد رضي من دينه وامانته أن يقال سبق الحاج الحديث مالك فى الموطأ بسند منقطع ان رجلا من جهينة كان يشترى الرواحل فيغالى بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فافلس فرفع أمره الى عمر ابن الخطاب فقال أما بعد أيها الناس فان الاسيفع فذكره وفيه الا انه ادان معرضا فاصبح وقد دين به فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه ثم اياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب ووصله الدارقطنى فى العلل من طريق زهير ابن معاوية عن عبيد الله بن عمر عن عمر بن عبد الرحمن بن عطية بن دلاف عن أبيه عن بلال بن الحارث عن عمر وهو عند مالك عن بن دلاف

الحجاز ووزنه أى فى زمان النبي ﷺ فهو المعتبر وأما العادة الحادثة بالحجاز فى غير زمنه ﷺ فلااعتبار بهااتفاقا وقد تقدم ذلك فى كلام الشافعى وصرح به من الاصحاب قال إمام الحرمين ولواتخذ مكيال لم يعهد مثله فى عصر الشارع وكان يجري التماثل به فالوجه القطع بجواز رعاية التماثل به فان النبي ﷺ لم يتعبدنا فى الحديث الا بالكيل المطلق فيما يكال ولم يعين مكيالا (قلت) وهذا الذى قاله إمام الحرمين حق لاشك فيه وإذا تأملت ماقدمته لك من أن التساوى فى مكيال دال على التساوى فى كل مكيال تنبهت لذلك فافهم ذلك فانه المقصود وليس المقصود أعيان المكاييل فانا اذا كلنا صاعا بصاع المدينة وعلمنا أن الصاع يسع قدحين بالكيل المصرى علمنا أن الصاع يساوى القدحين هذا لاشك فيه وكذلك إذا وزنا درهما بدرهم فى ميزان بعض البلادوتساويا يعلم

للمشتري من اداء الثمن فمختلف فيه فأذا اتصل به حكم حاكم نفذ قاله فى التتمة وفيه توقف لأن القاضى ربما لا يعتقد جواز الرجوع بالامتناع فكيف يجعل حكمه بناء على ظن آخر حكما بالرجوع بالامتناع *

﴿ فرع ﴾ من له الفسخ بالافلاس لو ترك الفسخ على مال لم يثبت المال وهل يبطل حقه من الفسخ ان كان جاهلا بجوازه فيه وجهان كما سبق نظيره فى الرد بالعيب وبالله التوفيق *

عن أبيه أن رجلا ولم يذكر بلالا قال الدارقطنى والقول قول زهير ومن تابعه وقال ابن أبي شيبة عن عبد الله بن ادريس عن العمري عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف عن أبيه عن عمه بلال بن الحارث المزنى فذكر نحوه وقال البخارى فى تاريخه عمر بن عبد الرحمن بن عطيةابن دلاف المزني المدني روي عن أبي امامة وسمع اباه انتهي واخرج البيهقي القصة من طريق مالك وقال رواه ابن علية عن أيوب قال نبئت عن عمر فذكر نحو حديث مالك وقال فيه فقسم ماله بينهم بالحصص (قلت) وقد رواه عبد الرزاق عن معمر عن أيوب قال ذكر بعضهم كان رجل من جهينة فذكره بطوله ولفظه كان رجل من جهينة يبتاع الرواحل فيغلى بها فدار عليه دين حتى أفلس فقام عمر على المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال الا لايغرنكم صيام رجل ولا صلاته ولكن انظروا الى صدقه اذا حدث والى أمانته اذا أئتمن والى ورعه اذا استغنى ثم قال الا أن الاسيفع أسيفع جهينة فذكر نحو سياق مالك قال عبد الرزاق واناابن عيينة اخبرني زياد عن ابن دلاف عن أبيه مثله وروى الدار قطنى في غرائب مالك من طريق عبد الرحمن بن مهدى عن مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن عطية بن دلاف عن ابيه عن جده قال قال عمر فذكره نحو سياق أيوب الى قوله استغنى ولم يذكر مابعده من قصة الاسيفع وقال رواه ابن وهب عن مالك فلم يقل في الاسناد عن جده *

أنها مستويان فى جميع الموازين اذا كانت كلها صحيحة قال إمام الحرمين أجمع أئمتنا على أن الدراهم إذا بيعت بالدراهم وعدلتا بالتساوى فى كفتى ميزان فالبيع صحيح وإن كان لايدرى ماتحويه كل كفة قال وهذا الذى ذكرته فى مكيال يجري العرف باستعماله ولكن لم يعهد فى زمن رسول الله ﷺ فلو بيع مد قصعة عليها وما جرى العرف بالكيل بأمثالها فقد حكى شيخى ترددا عن القفال والظاهر عندنا الجواز (قلت) هذا الذى رجحه الامام هو الراجح عن الاصحاب وجزم به جماعة منهم القاضى أبو الطيب وكذلك يكال بالدلو والدورق والجرة والحفنة والزمبيل وبحفر حفرة يكال فيها قاله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وصاحب التتمة والله سبحانه أعلم * ومحل خلاف القفال فى قصعة لم يجر العرف بالكيل بها أما قصعة يعتاد الكيل بها وان لم يكن في عهد الشارع فيجوز

كتاب الحجر

قال ﴿ أسباب الحجر خمسة الصبا والرق والجنون والفلس (ح) والتبذير (ح) * وحجر الصبي ينقطع بالبلوغ مع الرشد ﴾ *

جرت العادة بذكر أصناف المحجورين ههنا وهو لائق بترجمة الباب فان الترجمة مطلق الحجر وأحسن ترتيب فيه ماساقه أصحابنا العراقيون ومن تابعهم * قالوا الحجر على الانسان نوعان (حجر) شرع للغير (وحجر) شرع لمصلحة نفسه والنوع الاول خمسة أضرب (أحدها) حجر المفلس لحق الغرماء (وثانيها) حجر الراهن لحق المرتهن (وثالثها) حجر المريض لحق الورثة (ورابعها) حجر العبد لحق السيد والمكاتب لحق السيد وحق الله تعالى (وخامسها) حجر المرتد لحق المسلمين * وهذه الاضرب باسرها خاصة لاتعم جميع التصرفات بل يصح من هؤلاء المحجورين الاقرار بالعقوبات وكثير من التصرفات ولها أبواب مفرقة مذكورة في مواضعها (والنوع الثانى) ثلاثة اضرب (أحدها) حجر الجنون ويثبت بمجرد الجنون ويرتفع بالافاقة وتسلب به الولايات واعتبار الاقوال رأسا ومن عامله أو أقرضه فتلف المال عنده أو أتلفه فالمالك هو الذى ضيعه وما دام باقيا يجوز له استرداده قال في التتمة من له أدنى تمييز ولم يكمل عقله فهو كالصبي المميز (والثانى) حجر الصبي والاصل الغاء تصرفاته وعباراته ومنها مايصح وفاقا أو خلافا كعباداته واسلامه واحرامه وتدبيره وعتقه ووصيته وايصاله الهدية واذنه فى دخول الدار فمنها مامر بيان حكمه ومنها ماسيأتى (والثالث) حجر السفيه المبذر والضرب الاول أعم من الثاني والثانى أعم من الثالث ومقصود الباب الكلام فى هذه الاضرب

كتاب الحجر

قصة عبد الله بن جعفر تأتى بعد قليل *

جزما كما اقتضاه كلام (١) وابن أبي الدم في كلامه على الوسيط وقال الامام والرافعي والوزن بالطيار وزن وان لم يكن له لسان والاستواء يبين فيه بتساوى فرعى الكفتين والوزن بالقرطستو ن وزن قالا وقد يتأتى الوزن بالماء بأن يوضع الشيء في ظرف ويكفي على الماء وينظر الى مقدار غوصه ولكنه ليس وزنا شرعيا ولا عرفيا والظاهر أنه لايجوز التعويل عليه فى تماثل الربويات قال النووى رحمه الله قد عول أصحابنا عليه فى أداء المسلم فيه وفي الزكاة فى مسألة الاناء بعضه ذهب و بعضه فضة قال ولكن الفرق ظاهر وتوقف ابن الرفعة فى الوزن بالطيار لعدم اللسان والله أعلم * وهذه القاعدة المقررة فى هذا الفصل وان كانت عامة فانما تنفع فيما سوى الاشياء الستة المنصوص عليها (وأما) الستة فقد تقدم فى الفصل السابق حديث عبادة والتنصيص فيه على أن الذهب والفضة موزونان والاربعة الباقية مكيلة وتقدم تفصيل صاحب التتمة وغيره فى الملح والله أعلم *

(١) بياض بالاصل فحرر

الثلاثة والثالث معظم المقصود والاصل فيها قوله تعالى (فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) فالسفيه علي ماقيل المبذر والضعيف الصبى والذي لايستطيع أن يمل المغلوب على عقله * وقال تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا) الآية * وقد روى «أن عبدالله بن جعفر اشترى أرضا سبخة بثلاثين الفا فبلغ ذلك عليا رضى الله عنه فعزم أن يسأل عثمان الحجر عليه فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير فذكر له ذلك فقال الزبير رضي الله عنه أنا شريكك فلما سأل على عثمان الحجر على عبد الله قال عثمان كيف أحجر على من كان شريكه الزبير» (١) (قلت) دلت القصة على أنهم كانوا متفقين على جواز الحجر بالتبذير وأنه كان مشهورا فيما بينهم (وقوله) فى الكتاب والفلس والتبذير معلمان - بالحاء - (أما) الفلس فلما سبق فى التفليس (وأما) التبذير فلان عنده لاينشأ الحجر على من بلغ رشيدا ثم صار سفيها *

---

(١) ﴿ حديث ﴾ أن عبد الله بن جعفر اشتري أرضا سبخة بثلاثين الفا فبلغ ذلك عليا فعزم على أن يسأل عثمان الحجر عليه فجاء عبد الله بن جعفر الى الزبير فذكر ذلك له فقال الزبير أنا شريكك فلما سأل على عثمان الحجر على عبد الله قال كيف أحجر على ما كان شريكه الزبير البيهقى من طريق أبي يوسف القاضى عن هشام بن عروة عن أبيه به ولم يذكر المبلغ ورواه الشافعى عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف به قال البيهقي يقال أن أبا يوسف تفرد به وليس كذلك ثم أخرجه من طريق الزبيري المدنى القاضى عن هشام نحوه لكن عين أن الثمن ستمائة الف وروى أبو عبيد فى كتاب الاموال عن عفان عن حماد بن زيد عن هشام بن حسان عن ابن سيرين قال قال عثمان لعلى الا تأخذ على يدي ابن أخيك يعنى عبد الله بن جعفر وتحجر عليه اشترى سبخة بستين الف درهم مايسرنى انها لى بنعلى ﴿ تنبيه ﴾ قول المصنف ثلاثين الفا لعله من النساخ والصواب ستين *

﴿ فرع ﴾ المخالف لنا فى هذه المسألة أبو حنيفة رضى الله عنه نقل أصحابنا عنه أن الأربعة المنصوص عليها مكيلة ولا اعتبار بما أحدثه الناس من بعد فيها وأما ما سوى الاربعة فالاعتبار فيها بعادة الناس فى بلدانهم ولا اعتبار بعادة الحجاز ولا بما كان فى ذلك الزمان واستدل الاصحاب بالحديث المذكور وبالقياس على الاشياء الستة المذكورة فى الحديث لو أحدث الناس فيها عادة غير ما كانت عليه لم يعتبر فى بيع بعضها ببعض *

﴿ فرع ﴾ عند الماوردى أشياء ادعى فيها أنها كانت في عهده ﷺ مكيلة (منها) الحبوب

وان بلغ مفسدا لماله لايسلم المال اليه حتى يكمل خمسا وعشرين سنة فحينئذ يسلم (وقوله) وحجر الصبى ينقطع بالبلوغ مع الرشد هكذا يطلقه بعض الاصحاب ومنهم من يقول حجر الصبى ينقطع بمجرد البلوغ وليس ذلك خلافا محققا بل من قال بالاول أراد الاطلاق الكلى ومن قال بالثانى أراد الحجر المخصوص بالصبى وهذا اولى لان الصبا سبب مستقل بالحجر وكذلك التبذير وأحكامهما متغايرة ومن بلغ وهو مبذر فحكم تصرفه حكم تصرف السفيه لاحكم تصرف الصبى والقول فى أن الاطلاق الكلى متى يحصل إذا بلغ رشيدا أو سفيها سيأتى من بعد *

قال ﴿ والبلوغ باستكمال خمس عشرة سنة (ح م) للغلام والجارية * أو الاحتلام * أو الحيض للمرأة (ح) * أو نبات (ح) العانة فى حق صبيان الكفار فانه أمارة فيهم (و) لعسر الوقوف على سنهم * وفى صبيان المسلمين وجهان ﴾ *

للبلوغ أسباب (منها) ما يشترك فيه الرجال والنساء (ومنها) ما يختص بالنساء (أما) القسم الاول فمنه السن فاذا استكمل المولود خمس عشرة سنة قمرية فقد بلغ * روى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال « عرضت على رسول الله ﷺ فى جيش يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يقبلنى ولم يرنى بلغت وعرضت عليه من قابل عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فقبلني ورآنى بلغت » (١) وعن

---

(١) ﴿ حديث ﴾ ابن عمر عرضت على النبى ﷺ في جيش وأنا ابن أربع عشرة فلم يقبلنى ولم يرنى بلغت وعرضت عليه من قابل وانا ابن خمس عشرة فاجازني ورآنى بلغت متفق عليه وعندهما فى الاول يوم احد وفى الثانى فى الخندق دون قوله ولم يرنى بلغت فيها وقد رواه ابن حبان فى صحيحه والبيهقي بالزيادة ونقل عن ابن صاعد انه استغربها وفى رواية للبيهقى عرضت على النبى ﷺ يوم بدر وانا ابن ثلاث عشرة والباقى نحو الصحيحين والمراد بقوله وانا ابن أربع عشرة أى طعنت فيها و بقوله وأنا ابن خمس عشرة أى استكملتها لان غزوة أحد كانت فى شوال سنة ثلاث والخندق كان فى جمادى سنة خمس وقيل كان الخندق في شوال سنة أربع وقال الواقدى في المغازي كان ابن عمر في الخندق ابن خمس عشرة واشف منها *

والادهان والالبان والتمر والزبيب وما الدعاء سالمه الا في الادهان فيستغرق حكمها عند الكلام على بيع الشيرج بالشيرج ان شاء الله تعالى وقد عرض لى ههنا بحث من قول الحطابى أن الطبرى الذى هو أربع دوانيق هو وزن أهل مكة (قلت) فعلى هذا ينبغى أن ينزل ماأوجبه الشرع من الزكاة وغيرها عليه والدرهم اليوم ستة دوانيق على ما تقدم وقول النبي صلى الله عليه وسلم «الوزن وزن أهل مكة» ينفى اعتبار غيره مما كان فى ذلك الزمان ومما حدث بعده فما الدليل على اعتبار هذا الدرهم المعدل بين وزن مكة وغيره الذي ضرب في زمان عبد الملك وعلى هذا يكون النصاب من هذه الدراهم اليوم مائة وثلاثة

أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وماعليه وأقيمت عليه الحدود (١)» وفيه وجه أن البلوغ يحصل بنفس الطعن فى السنة الخامسة عشر وإن لم يستكملها لأنه حينئذ يسمى ابن خمس عشرة سنة (والمذهب) الاول وهذا التوجية ممنوع (وقوله) باستكمال خمس عشرة سنة لفظ الاستكمال معلم ــ بالواو ــ لهذا الوجه (وقوله) خمس عشرة سنة ــ بالحاء والميم ــ (أما) الحاء فلأن عنده بلوغ الغلام بثمانى عشرة سنة وفى الجارية روايتان (إحداهما) كذلك (والثانية) بسبع عشرة سنة (وأما) الميم فلانه يروى عنه أن البلوغ لايحصل بالسن وانما النظر فيه الى الاحتلام (والسبب الثانى) الاحتلام قال الله تعالى (واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا) وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يحتلم» (٢) والحلم لايتعلق بخصوص الاحتلام بل هو منوط بمجرد خروج المنى ويدخل وقت امكانه باستكمال تسع سنين ولاعبرة بما ينفصل قبل ذلك وفيه وجهان آخران ذكر الامام كل واحد منهما فى موضع من كتابه (أحدهما) أنه يدخل بمضي ستة أشهر من السنة العاشرة (والثانى) أنه انما يدخل بتمام العاشرة وهذه الوجوه كالوجوه فى أقل سن الحيض لكن العاشرة ههنا بمثابة التاسعة ثم لأن فى النساء حدة فى الطبيعة وتسارع الى الادراك وهكذا يكون النبات الضعيف بالاضافة الى القوي والاعتماد فيه على الوجدان بعد البحث كما فى الحيض * ولا فرق فى افادة خروج المني البلوغ بين الرجال والنساء كما فى السن وفيه وجه أنه لايوجب بلوغهن لانه

---

(١) ﴿ حديث ﴾ أنس اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه وأقيمت عليه الحدود البيهقي فى الخلافيات من طريق عبد العزيز بن صهيب عنه بسند ضعيف وقال الغزالى فى الوسيط تبعا للامام في النهاية رواه الدارقطنى باسناده فلعله في الافراد وغيرها فانه ليس فى السنن مذكورا وذكره البيهقى فى السنن الكبرى عن قتادة عن أنس بلا اسناد وقال انه ضعيف *

(٢) ﴿ حديث ﴾ رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ الحديث أبو داود وغيره عن علي وتقدم فى الصلاة *

وثلاثين وثلث وواجبها ثلاثة وثلث وانما بوزن أهل مكة مائتان والمخرج خمسة فان كان كذلك فهذه الدراهم المغشوشة اليوم كل مائتين منها يجب فيه الزكاة لان فيها من الخالص هذا المقدار الا أن يقال ماقاله الخطابى عن أبي عبيد انهم كانو يتعاملون بالبغلية والطبرية نصفين مائة بغلية ومائة طبرية فكان فى مائتين الزكاة لكنا نقول مجرد المعاملة لايكفى الا أن يكون متعارفا فى مكة التى اعتبر الشرع وزنها على الخصوص على أن الخطابى قدم فى أول كلامه مايقتضى أن وزن مكة موافق للوزن الذى هو اليوم *

﴿ فرع ﴾ فيما هو مكيل وماهو موزون * الذهب والفضة موزونان بالنص والقمح والشعير مكيلان بالنص والملح مكيل بالنص الا أن الاصحاب استثنوا مااذا كان قطعا كبارا فانه موزون وكل

نادر فيهن ساقط العبرة * وعلى هذا قال الامام الذى يتجه عندى أن لايلزمها الغسل لأنه لو لزم لكان حكما بأن الخارج مني والجمع بين الحكم بأنه مني وبين الحكم بأنه لايحصل به البلوغ متناقض * ولك أن تقول إن كان التناقض مأخوذاً من تعذر التكليف بالغسل مع القول بعدم البلوغ فنحن لانعني بلزوم الغسل سوي مانعنيه بلزوم الوضوء على الصبى اذا أحدث فبالمعنى الذى أطلقنا ذلك ولا تكليف نطلق هذا وان كان غير ذلك فلابد من بيانه * (واعلم) أنا إذا قلنا إن خروج المني لا يوجب البلوغ في حق النساء صارت أسباب البلوغ ثلاثة أقسام المشتركة بين الرجال والنساء ومايختص بالرجال ومايختص بالنساء وهو خروج المنى والله أعلم * (والسبب الثالث) إنبات العانة يقتضى الحكم بالبلوغ في حق الكفار خلافا لابي حنيفة * لنا ماروى «أن سعد بن معاذ حكم في بني قريظة فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم فكان يكشف عن مؤتزر المراهقين فمن أنبت منهم قتل ومن لم ينبت جعل في الذرارى» (١) وعن عطية

---

(١) ﴿ حديث ﴾ أن سعد بن معاذ حكم فى بنى قريظة فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم فكان يكشف عن مؤتزر المراهقين فمن أنبت منهم قتل ومن لم ينبت جعل فى الذرارى متفق عليه دون قصة الانبات من حديث أبى سعيد وروى البزار من حديث سعد ابن أبى وقاص أن سعد بن معاذ حكم على بنى قريظة أن يقتل منهم كل من جرت عليه المواسى وسيأتى فى الذى بعده (تنبيه) ينبغى أن يقرأ قوله يكشف بالضم على البناء لما لم يسم فاعله لان سعدا مات عقب الحكم ولم يتول تفتيشهم ويؤيد ذلك أن الطبرانى روي في الكبير والصغير من حديث أسلم الانصاري قال جعلني النبى ﷺ على اسارى قريظة فكنت انظر فى فرج الغلام فان رأيته قد أنبت ضربت عنقه وان لم أره قد أنبت جعلته فى مغانم المسلمين زاد فى الصغير لايروي عن أسلم الا بهذا الاسناد (قلت) وهو ضعيف

ماهو فى حزم التمر ودونه فهومكيل كاللوز والعناب وكل مافوقه موزون قالها القاضى حسين والعجب أن القاضى حسين قبل ذلك بسطر قال إن دهن اللوز موزون لانه يستخرج من أصل موزون والارز مكيلى قاله الرويانى وكذلك الزبيب والسمسم قاله الرويانى وغيره *

﴿ فرع ﴾ قاله الماوردى رحمه الله وصاحب البحر وغيرهما * إذا كانت ضيغة بتساوى طعاما في الكيل والوزن ولا يفضل بعضه على بعض فاعرف من حاله أن التماثل فيه بالوزن كالتماثل فيه بالكيل

القرظى قال « عرضنا على رسول ﷺ يوم قريظة فكان من أنبت قتل ومن لم ينبت خلى سبيله وكنت فيمن لم ينبت فخلى سبيلى » (١) ثم هو بلوغ حقيقة أوهو دليل البلوغ وأمارته فيه قولان (أحدهما) أنه بلوغ حقيقة كسائر الاسباب (وأظهرهما) على ماقاله الامام وهو الذي أورده صاحب الكتاب أنه أمارة بلوغ لأن البلوغ غير مكتسب وهذا شيء يستعجل بالمعالجة (فان قلنا) بالأول فهو بلوغ فى حق المسلمين أيضا كسائر الاسباب لافرق فيها بين المسلم والكافر (وان قلنا) انه أمارة ففى حق المسلمين وجهان (أظهرها) أنه لااعتبار به لان مراجعة الآباء فى حق المسلمين والاعتماد على أخبارهم عن تواريخ المواليد سهل بخلاف الكفار فأنهم لااعتماد على قولهم ولأن المسلمين ربما استعجلوا بالمعالجة رفعا للحجر واستفادة للولايات والكفار لايتهمون بمثله لأنهم حينئذ يقتلون أو تضرب عليهم الجزية (والثانى) وبه قال مالك وأحمد أنه يجعل أمارة فى حقهم أيضا لأن الاشكال قد يقع فى حق المسلمين أيضا ويدل عليه ماروى « أن غلاما من الانصار شبب بامرأة فى شعره فرفع إلى عمر فلم يجده أنبت فقال لو أنبت الشعر حددتك » (٢) ثم العبرة بالشعر الخشن الذي يحتاج فى ازالته الى

(١) ﴿ حديث ﴾ عطية القرظي عرضنا على النبى ﷺ يوم قريظة وكان من أنبت قتل ومن لم ينبت خلي سبيله فكنت ممن لم ينبت فخلي سبيلى أصحاب السنن من حديث عبدالملك ابن عمير عنه بلفظ ومن لم ينبت لم يقتل وفي رواية جعل فى السبى والترمذى خلي سبيله وله طرق أخرى قال الاعن عطية وصححه الترمذى وابن حبان والحاكم وقال علي شرط الصحيح وهو كأنهما لم يخرجا لعطية وماله الا بهذا الحديث الواحد *

(٢) ﴿ حديث ﴾ أن غلاما من الانصار شبب بامرأة فى شعره فرفع الي عمر فلم يجده انبت فقال لو انبت الشعر حددتك قال أبو عبيد فى الغريب ثنا ابن علية عن اسماعيل بن أمية عن محمد بن يحي بن حبان ان عمر رفع اليه غلام ابتهر جارية فى شعره فقال انظروا اليه فلم يجدوه أنبت فدرأ عنه الحد قال أبوعبيد والابتهار ان يقذفها بنفسه فيما فعل بها كاذبا ورواه عبد الرزاق عن الثوري عن ايوب بن موسى عن محمد بن يحي بن حبان قال ابتهر ابن أبى الصعبة بامرأة فى شعر فذكر نحوه وذكر الدارقطنى فى التصحيف أن الثورى صحف فيه وان الصواب أن غلاما لابن أبى صعصعة *

فقد اختلف أصحابنا هل يجوز بيع بعضه ببعض وزنا على وجهين (أحدهما) لا لما فيه من مخالفة النص وتغيير العرف (والثانى) يجوز لكون الوزن فيه ثابتا عن الكيل للعلم بموافقته كما كان مكيال العراق ثابت عن مكيال الحجاز لموافقته فى المساواة بين المكيالين والذي نقله الرويانى عن أصحابنا انه لايجوز لانه يتوهم التفاضل والوهم كالحقيقة ثم نقل مع ذلك ماقاله الماوردى والذى جزم به القاضى حسين انه لا يجوز بيع الحنطة بالحنطة وزنا سواء تفاضلا فى الكيل أوتساويا وأطلق صاحب الذخائر فيما اذا كانت قرية يباع الطعام فيها وزنا فباع بعضه ببعض موازنة وجهين (وقال) أصحهما المنع وهذا الاطلاق ليس بجيد ولعله أراد ماقاله الماوردى فانه توهم جواز بيعها وزنا وان تفاوتا في الكيل على وجه وليس كذلك والظاهر أنه لم يرد إلا ماقاله الماوردى *

الحلق (وأما) الزغب والشعر الضعيف الذى قد يوجد فى الصغر فلا أثر له * وفى شعر الابط وجهان (أحدهما) أن إنباته كنبات شعر العانة وبه قال القاضى الحسين وآخرون قال الامام لأن إنبات العانة يقع فى أول تحرك الطبيعة فى الشهوة ونبات الابط يتراخى عن البلوغ فى الغالب فكان أولى بالدلالة على حصول البلوغ (والثانى) وهو الاصح على ماذكره صاحب التتمة أنه لا أثر له فى البلوغ لأنه لو أثر لما كشفوا عن المؤتزر لحصول الغرض من غير كشف العورة * ونبات اللحية والشارب فيهما هذان الوجهان لكن صاحب التهذيب فرق فألحق شعر الابط بشعر العانة ولم يلحق به اللحية والشارب * ولا أثر لثقل الصوت ونهود الثدى ونتوء طرف الحلقوم وانفراق الارنبة كما لا أثر لاخضرار الشارب وفى التتمة طرد الخلاف فيها (وأما) القسم الثانى وهو مايختص بالنساء فشيئان (أحدهما) الحيض فى وقت الامكان بلوغ واحتج له بما روى أنه ﷺ قال لأسماء بنت أبي بكر « إن المرأة إذا بلغت المحيض لايصلح أن يرى منها الا هذا وأشار الى الوجه والكفين » (١) علق وجوب الستر بالمحيض

---

(١) (قوله) روى أنه ﷺ قال لاسماء بنت ابى بكر إن المرأة اذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها الا هذا وأشار الى الوجه والكفين أبو داود من حديث خالد بن دريك عن عائشة أن اسماء بنت أبى بكر دخلت على النبى ﷺ وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها وقال فذكره وقد أعله أبو داود بالانقطاع وقال ان خالد بن دريك لم يدرك عائشة ورواه فى المراسيل من حديث هشام عن قتادة مرسلا لم يذكر خالد ولا عائشة وتفرد سعيد بن بشير وفيه مقال عن قتادة بذكر خالد فيه وقال ابن عدى أن سعيد بن بشير قال فيه مرة عن أم سلمة بدل عائشة ورجح ابو حاتم أنه خالد بن دريك أن عائشة مرسل وله شاهدا اخرجه البيهقى من طريق ابن لهيعة عن عياض بن عبد الله سمع ابراهيم بن عبيد بن رفاعة عن أبيه أظنه عن أسماء بنت عميس أنها قالت دخل رسول الله ﷺ على عائشة وعندها أختها عليها ثياب شامية الحديث *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وإن كان مما لا أصل له بالحجاز فى الكيل والوزن نظرت فان كان مما لا يمكن كيله اعتبر التساوي فيه بالوزن لانه لا يمكن غيره وان كان مما يمكن كيله ففيه وجهان (أحدهما) انه يعتبر بأشبه الاشياء به فى الحجاز فان كان مكيلا لم يجز بيعه الا كيلا وان كان موزونا لم يجز بيعه الا موزونا لان الاصل فيه الكيل والوزن بالحجاز فاذا لم يكن له فى الحجاز أصل في الكيل والوزن اعتبر باشبه الاشياء به والثانى أنه يعتبر بالبلد الذى فيه البيع لانه أقرب اليه ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ قوله وإن كان أى الذى يكال أو يوزن الذى صدر الفصل به وحاصله أن المبيع المطعوم إما أن يكون مما يكال أو يوزن أو لا وعلى كل من التقديرين فأما أن يكون عهد له أصل بالحجاز أو لا (فالقسم الأول) وهو المكيل أو الموزون المعهود بالحجاز تقدم الكلام فيه فى صدر الفصل وأنه يعتبر الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون (والقسم الثانى) المكيل أو الموزون الذى

وذلك نوع تكليف وبما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال «لا تقبل صلاة حائض الا بخمار» (١) أشعر بانها بالحيض كلفت بالصلاة (والثاني) الحبل يوجب البلوغ لأنه مسبوق بالانزال لكن الولد لا يستيقن مالم تضع فاذا وضعت حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشيء لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فأن كانت مطلقة فأتت بولد يلحق الزوج حكمنا ببلوغها قبل الطلاق *

﴿ فرع ﴾ الخنثى المشكل اذا خرج من ذكره ماء وهو على صفة المنى ومن فرجه دم وهو على صفة الحيض فهل نحكم ببلوغه فيه وجهان (أصحهما) نعم لانه إما ذكر وقد أمني أو أنثى وقد حاضت (والثانى) لا لتعارض الخارجين واسقاط حكم كل واحد منهما حكم الآخر ولهذا لا يحكم والحالة هذه بالذكورة ولا بالأنوثة هذا مانسبه القاضى ابن كج الى ظاهر نص الشافعى * وان وجد أحد الامرين دون الثاني أو أمنى وحاض من الفرج فجواب عامة الأصحاب أنه لا يحكم ببلوغه لجواز ان يظهر من الفرج الآخر مايعارضه وقال الامام وهو الحق ينبغى أن يحكم بالبلوغ بأحدهما كما يحكم بالذكورة والانوثة ثم ان ظهر خلافه غيرنا الحكم وكيف ينتظم منا أن نحكم بأنه ذكر أو أنثي ولا نحكم بأنه قد بلغ *

---

(١) ﴿ حديث ﴾ لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار تقدم فى الصلاة فى الشروط

ليس له أصل بالحجاز وهو المقصود بهذه القطعة من الفصل وإنما فرضت كلام المصنف فى ذلك ليكون مما يجرى فيه الربا قولا واحداً قديما وجديدا فانه ذكر القسمين الأخيرين اللذين (١) الذى فيما لايكال ولا يوزن بعد ذلك وفرعه على الجديد فافاد كلامه انه أراد ماذكرته من التصوير وبذلك يتبين أنّ قول ابن يونس فى شرح التنبيه عن المشهور فى الكتب أن مالا يكال ولا يوزن فى الحجاز لا يجرى فيه الربا فى القديم ويجرى فى الجديد ليس كما قال ولم يحرر العبارة فليس فى الكتب اشتراط الحجاز فى ذلك فى اعتبار الكيل والوزن فافهمه * اذا عرفت ذلك فالمكيل أوالموزون الذى ليس له أصل بالحجاز أما لانه حدث بالحجاز بعد النبي ﷺ وإما لانه كان ثَمَّ فيما عداها من البلاد ولم يكن بها اما أن يكون مما يمكن كيله أولا ولا يتأتى بين هذا و بين قولنا انه ممايكال أو يوزن

(١) كذا بالاصل فحرر

قال ﴿ وأما الرشد فهو أن يبلغ صالحا فى دينه مصلحا لدنياه * فاذا اختل أحد الأمرين استمر الحجر (م ح و) * ومهما حصل انفك الحجر (و) * فلو عاد أحد المعنيين لم يعد الحجر لان الاطلاق الثابت لايرفع الا بيقين كما أن الحجر الثابت لايرفع الا بيقين * فلو عاد الفسق والتبذير جميعاً يعود الحجر أو يعاد على أظهر الوجهين * ثم يلي القاضي امره أو وليه في الصبى فيه وجهان * وكذا فى الجنون الطارىء بعد البلوغ * وصرف المال الى وجوه البر ليس بتبذير * فلا سرف فى الخير * وصرفه الى الأطعمة النفيسة التي لاتليق بحاله تبذير (و) * فاذا انضم اليه الفسق أوجب الحجر ﴾ *

أول ماينبغى أن يعرف فى الفصل أولا معني الرشد المذكور فى قوله تبارك وتعالى (فان آنستم منهم رشدا) وقد فسره الشافعى بالصلاح فى الدين مع اصلاح المال ويدل عليه ماروى عن ابن عباس أنه قال معناه «رأيتم منهم صلاحا فى دينهم وحفظا لأموالهم» وروى مثله عن الحسن ومجاهد والمراد من الصلاح فى الدين أن لايرتكب من المحرمات ماتسقط به العدالة ومن اصلاح المال أن لايكون مبذرا وصرف المال الى وجوه الخير فى الصدقات وفك الرقاب و بناء المساجد والمدارس وما أشبهها ليس بتبذير ولا سرف فى الخير كما لاخير فى السرف وعن الشيخ أبي محمد أن الصبى إذا بلغ وهو مفرط فى الانفاق فى هذه الوجوه فهو مبذر وان عرض له ذلك بعد مابلغ مقتصدا لم نحكم

(١) ﴿ حديث ﴾ ابن عباس في قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا معناه رأيتم منهم صلاحا فى دينهم وحفظا لأموالهم البيهقي من طريق على بن أبى طلحة عنه أتم من هذا (قوله) وروى مثله عن مجاهد والحسن أما أثر مجاهد فرواه الثوري فى جامعه عن منصور عنه وأما أثر الحسن فاسنده البيهقى من طريق يزيد بن هرون عن هشام بن حسان عنه *

لانه يصح هذا الاطلاق اذا صح واحد فقط فقد صح احد الامرين فهاتان مسألتان (المسألة الاولى) ان كان مما لا يمكن كيله فقد جزم المصنف واتباعه بان الا عتبار فيه الوزن وكذلك من الخراسانيين القاضي الحسين وصاحب التتمة وصاحب المهذب ومن تبعهم من غير أن يأتو بلفظ الامكان أو عدمه بل عجلوا مايتجافى فى المكيال يباع وزنا وأصل هذه العبارة فى كلام الشافعي فانه قال فى الام فى باب جماع مايجوز فيه السلف وما لايجوز ولو جاز أن يكال مايتجافى فى المكيال حتى يكون المكيال يرى ممتلئا و بطنه غير ممتلىء لم يكن للمكيال معني وضبطه القاضي حسين وصاحب التتمة بما زاد غالى جرم التمر وهو موافق لكلام الشافعي رحمه الله الذى سنذكره قريبا ان شاء الله تعالى ونقل الروياني ذلك عن القفال وانه جعل ذلك حدا فاصلا بين ما يتجافى وما لا يتجافى ولعل مراد المصنف ذلك و إن لم يكن فلاشك أن هؤلاء قائلون بالوزن فيما يقول هؤلاء فأن مازاد على ذلك داخل فى كلامهم فصح عدم فيمن يقول بالوزن فى القسم الذى ذكره المصنف وذلك اذا أخذ على ظاهر عبارة المصنف فما لايتأتي فيه خلاف لانه ربوى قطعيا لاجتماع الطعم والوزن وان لم يكن بالحجاز فان ذلك ليس بشرط عند من اعتبر التقدير فى الربا ولا بد من معيار تعرف به المماثلة ولا معيار الا الكيل أو الوزن والكيل ممتنع لما فرض فتعين الوزن فهذا بسط كلام المصنف

بصيرورته مبذرا * وتضييع المال بالقائه فى البحر أو باحتمال الغبن الفاحش فى المعاملات ونحوها تبذير وكذا الانفاق فى المحرمات * وصرفه الى الأطعمة النفيسة التى لايليق اتخاذها بحاله هل يكون سفها وتبذيرا (قال) الامام وصاحب الكتاب نعم للعادة (وقال) الأكثرون لا لأن المال يطلب لينتفع به و يلتذ به وكذا القول فى التجمل بالثياب الفاخرة والاكثار من شراء الغانيات والاستمتاع بهن وما أشبه ذلك * و بالجملة فالتبذير على مانقله معظم الاصحاب محصور فى التضييعات والانفاق فى المحرمات * ولا بد من اختبار الصبي ليعرف حاله فى الرشد وعدمه و يختلف ذلك باختلاف طبقات الناس فولد التاجر يختبر فى البيع والشراء والمماكسة وولد الزارع فى أمر الزراعة والانفاق على العوام فيها والمحترف فيما يتعلق بحرفته والمرأة فى أمر القطن والغزل وحفظ الاقمشة وصون الاطعمة عن الهرة والفارة وما أشبهها من مصالح البيت * ولا تكفى المرة الواحدة فى الاختبار بل لابد من مرتين وأكثر على مايليق بالحال و يفيد غلبة الظن بكونه رشيدا وفى وقت الاختبار وجهان (أحدهما) مابعد البلوغ لان تصرفه فى الصبا غير نافذ (وأظهرهما) أنه قبله لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى) واسم اليتيم انما يقع على غير البالغ وعلى هذا فكيف يختبر فيه وجهان (أصحهما) أنه يدفع اليه قدرا من المال و يمتحنه فى المماكسة والمساومة فاذا آل الامر الى عقد عقده الولى لان تصرف الصبي لاينفذ (والثانى)

ونبه بقوله لا يمكن غيره فى المقدمتين الاخيرتين وهما انحصار المعيار فى الكيل والوزن وامتناع الكيل فان عدم امكان غير الوزن إما لتعذره كالكيل واما لعدم اعتباره فهذه الفائدة فى قوله غيره ولم يحتج الى انه لابد من معيار للعلم به ولانه قد يؤخذ من صدر كلامه فى أول الفصل فهذا التعليل واضح لاخفاء به على عبارة المصنف وأما على عبارة القاضى حسين وأتباعه فقد لانسلم لهم امتناع الكيل فيما زاد على التمر بقليل فلذلك علله صاحب التتمة بانه لم يعهد الكيل بالحجاز فيما هو أكبر من التمر وبأنه يتجافى فى المكيال ويكثر التفاوت وهذان المعنيان يمكن أن يجعلا جزئى علة واحدة واعلم أن جماعة بل جماعات لم يذكروا هذا القسم الذى ابتدأ به المصنف وإنما ذكروا الخلاف فيما لا أصل له بالحجاز مطلقا واطلاقهم محمول على هذا التفصيل والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ السمن والزبيب والعسل والسكر كلها تباع وزنا على المنصوص وسيأتي فى بعضها خلاف نذكره عند تعرض المصنف لذلك إن شاء الله تعالى *

يصح منه العقد أيضا فى هذا الغرض للحاجة * وقد أشرنا فى أول البيع الى هذا * ولو تلف المال المدفوع اليه للاختبار فى يده فلا ضمان على الولى * إذا تقرر ذلك ننظر ان بلغ الصبي غير رشيد إما لاختلاف الصلاح فى الدين أو اصلاح المال بقى محجورا عليه ولم يدفع اليه المال * وقال أبوحنيفة ان بلغ مفسدا للمال منع حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة كما سبق وان بلغ مصلحا له دفع المال اليه ونفذ تصرفه وان كان فاسقا وبه قال مالك فيمن بلغ فاسقا ونقل المتولى مثل مذهبهما عن بعض أصحابنا * وجه ظاهر المذهب أن الآية اعتبرت الرشد والصلاح مأخوذ من تفسير الرشد * ثم يتصرف فى ماله ويستديم الحجر عليه من كان يتصرف قبل البلوغ أبا كان أوجداً أو وصياً أو حاكما * وان بلغ رشيداً دفع اليه المال وينفك الحجر عنه بنفس البلوغ والرشد أو يحتاج الى فك القاضى فيه وجهان (أرجحهما) عند صاحب التهذيب أنه يحتاج الى فك القاضى لان الرشد مما يعرف بالنظر والاجتهاد ويروي هذا عن ابن أبي هريرة رضى الله عنه (والثانى) وبه أجاب صاحب الكتاب وهو الاصح عند الامام والمتولى ويحكي عن ابن سريج أنه ينفك عنه لانه حجر لم يثبت بالحاكم فلا يتوقف زواله على إزالة الحاكم كحجر الجنون يزول بمجرد الافاقة وهذا أولى والا لاطبق الناس على طلب الفك في أوائل البلوغ ولا يجدوه أهم مهماتهم ثم قال المفرعون على الوجه الاول أنه كما ينفك بفك القاضى ينفك بفك الاب والجد وفى الوصى والقيم وجهان وهذا يطعن فى توجيههم اياه بالحاجة الى النظر والاجتهاد (واذا قلنا) لايزول حتى يزال فتصرفه قبل ازالة الحجر كتصرف من أنشىء الحجر عليه بالسفه الطارىء بعد البلوغ ويجرى الخلاف فيما إذا بلغ غير رشيد ثم صار رشيداً وإذا حصل الرشد

(فرع) هو كالقاعدة فى المكيل والموزون قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى باب السلم فى المكيل كيلا أو وزنا أصل السلف فيما يتبايعه الناس أصلان فما كان منه بصفة و تستوى خلقته فيحتمله المكيال ولا يكون إذا كيل تجافى فى المكيال فيكون الواحد منه يأتيه فى المكيال عريضه الاسفل رفيعة الرأس أو عريضة الاسفل والرأس رفيعة الوسط فاذا وضع شىء الى جنبها منعه عرض أسفلها من أن يلصق بها ووقع فى المكيال وما بينها و بينه تجافى ثم كانت الطبقة التى فوقه منه هكذا لم يجز أن يكال واستدللنا على أن الناس إنما تولوا كيله لهذا المعنى فلا يجوز أن يسلف فيه كيلا وفى شبيه بهذا المعنى ماعظم واشتد فصار يقع فى المكيال منه الشىء لم يقع فوقه منه شىء

فلا فرق بين الرجل والمرأة وبين أن تكون المرأة مزوجة أولا تكون وقال مالك رحمه الله لايدفع المال إلى المرأة حتى تنكح فاذا نكحت دفع اليها باذن الزوج ولا ينفذ تبرعها بما زاد على الثلث إلا باذن الزوج مالم تصر عجوزاً * ولو عاد التبذير بعد مابلغ رشيداً لم يطلق ولم يمكن من التصرف وكيف الحال فيه وجهان (أحدهما) أنه يعود الحجر بنفس التبذير كما لو جن (وأصحهما) أنه لايعود ولكن يعاد ومن الذى يعيده لاخلاف فى أن للقاضى أن يعيده وعن أبى يحيى البلخى فيما نقل ابن كج رحمه الله تعالى أنه يعيده الاب والجد أيضا والمشهور تخصيصه بالقاضي لانه فى محل الاجتهاد * ولو عاد الفسق دون الاتفاق فى المعاصى وسائر وجوه التبذير (فان قلنا) اقتران الفسق بالبلوغ لايقتضى ادامة الحجر وهى الطريقة المنقولة على وفاق أبى حنيفة ومالك رحمهما الله فلا يحجر (وان قلنا) يقتضيها فوجهان (أحدهما) و به قال ابن سريج أنه يحجر عليه كما يستدام به الحجر وكما لو عاد التبذير (وأصحهما) وبه قال أبو اسحق لايحجر لان الاولين لم يحجروا على الفسقة ويخالف الاستدامة لان الحجر ثم كان ثابتا والاصل بقاؤه وههنا ثبت الاطلاق والأصل بقاءه فلا يلزم من الاكتفاء بالفسق للاستصحاب الاكتفاء به لابراءة الاصل و يخالف التبذير فانا نتحقق به تضييع المال والفسق لا يتحقق فانمر بما لاينفق المال إلا فيما يسوغ وان كان فاسقا ومقصود هذا الحجر صيانة المال ولا يجىء فى عود الفسق الوجه الذاهب الى مصيره محجوراً بنفس التبذير قال الامام رحمه الله فاذا حجر على من طرأ عليه السفه ثم عاد رشيداً (فان قلنا) الحجر عليه لايثبت الابضرب القاضى فلا يرفع إلا برفعه (وان قلنا) يثبت بنفسه ففى زواله الخلاف المذكور فيما إذا بلغ رشيداً * ومن الذى يلى أمر من حجر عليه بالسفه بالطارىء (ان قلنا) انه لابد من ضرب القاضى فهو الذى يليه (وان قلنا) أنه يصير محجوراً عليه بنفس السفه فوجهان شبيهان بالوجهين فيما إذا طرأ عليه الجنون بعد البلوغ (أحدهما) أنه يلى أمره الاب ثم الجد كما فى حالة الصغر وكما اذا بلغ مجنوناً (والثانى) يليه القاضى لان ولاية الاب قد زالت فلا تعود والاول أصح فى صورة

معترضا وما بين القائم تحته متجاف فيسد المعرض الذى فوقه الفرجة التى تحته ويقع عليه فوقه غيره فيكون فى المكيال شيء فارغ بين الفراغ وذلك مثل الرمان والسفرجل والخيار والباذنجان وما أشبهه مما كان فى المعنى الذى وصفت ولا يجوز السلف فى هذا كيلا ولو تراضيا عليه المتبايعان سلفا وما صغر وكان يكون فى المكيال فيمتلىء المكيال به ولا يتحافا التجافي البين مثل التمر وأصغر منه مما لا تختلف خلقته اختلافا بائنا مثل السمسم وما أشبهه أسلم فيه كيلا وكلما وصفت لا يجوز السلم فيه كيلا فلا بأس بالسلم فيه وزنا انتهى كلام الشافعى رحمه الله وهو ضابط فيما يكال ويوزن وفيه شاهد لما قاله القاضى حسين وصاحب التتمة ويمكن تنزيل كلام المصنف عليه والله أعلم * ومثل الرويانى ما يتجافى بعروق الشجر وقطع الخشب مما يتداوى به والله أعلم * وقال الرويانى ان السعمق ما يباع وزنا لانه قد يكون فتاتا ويكون قطعا فلا يمكن كيله (المسألة الثانية) اذا كان مما يمكن كيله ومن المعلوم أنه يمكن وزنه وهكذا صور الامام المسألة فيما يتأتى فيه الكيل والوزن جميعا فيما ذا تعتبر المماثلة فيه ذكر المصنف والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ والرويانى فى البحر والجرجانى وغيرهم من سالكى طريقتهم الوجهين الذين ذكرهم المصنف فى

عروض الجنون والثانى أصح فى صورة عروض السفه فلان السفه وزواله مجتهد فيه يحتاج الى نظر الحاكم * ونعود الى ما يتعلق بالفاظ الكتاب (قوله) فان اختل أحد الامرين استمر الحجر ينتظم اعلامه - بالميم - والحاء - والواو - لما ذكرنا فيما اذا بلغ مصلحا لماله فاسقا (وقوله) مهما حصل أى كلاهما انفك الحجر معلم - بالواو - للوجه الصائر الى أنه لابد من فكه وكذا قوله لم يعد الحجر للوجه الذى مر فى عود الحجر عند عود التبذير (وقوله) لان الطلاق الثابت لا يرتفع الا بتيقن الرشد ولا يتيقن الرشد مع واحد من الامرين والاطلاق ههنا متيقن فلا يعاد الحجر الا بتيقن احتلال الرشد وذلك يعود للمعنيين جميعا وهذا قريب من لفظه فى الوسيط وقضية خروج الصلاح من الدين واصلاح المال عن أن يكون حقيقة الرشد واعتبارهما للاستدلال بهما على حصول الرشد * واعلم أن كلام المصنف ههنا وفى الوسيط مصرح بأن عود مجرد الفسق والتبذير لا أثر له وانما المؤثر فى عود الحجر أو اعادته عود الفسق والتبذير جميعا وليس الامر كذلك بل الاصحاب رضى الله عنهم مطبقون على أن عود التبذير وحده كاف فى عود الحجر أو اعادته كما سبق بيانه (وقوله) ثم يلى أمره القاضى أو وليه فى الصبي فيه وجهان موضع الوجهين ما إذا قلنا ان الحجر يعود بنفسه أما اذا قلنا ان القاضى هو الذى يعيده فهو الذى يلى امره بلا خلاف (وقوله) فصرف المال الى وجوه الخير ليس بتبذير يمكن اعلامه - بالواو - للتفصيل المنقول عن الشيخ ابى محمد (وقوله) فى الصرف الى الاطعمة النفيسة انه تبذير يجب اعلامه - بالواو - ومعرفته ان الاظهر عند

الـكتاب والأول منهما مشهور في طريقة العراق وصححه ابن أبي عصرون وجزم به سلام المقدسى فى شرح المفتاح (قال) الأصحاب وهذا كما قال الشافعى رضي الله عنه فى جزاء الصيد يعتبر مالم يحكم فيه الصحابة رضى الله عنهم بأشبه الأشياء بما حكمت فيه و كـذلك مااستطابته العرب حل وما استخبثته حرم وما لم يعرف حاله رد إلى أقرب الأشياء شبها به ولأن هذا المرجع فى الأمور التى يقع فيها الأشتباه أن ترد إلى أشبه الأصول بها ومقصود المصنف فى استدلاله أن المرجع فيه الى الحجاز أى لما تقدم من الحديث فاذا ثبت أن المرجع الى الحجاز وليس لهما أصل فنعتبر مايشبهه محافظة على ذلك ولو اعتبرناه ببلده لفات ذلك بالـكلية (والوجه الثانى) وهو الرجوع إلى العادة قال الرافعى انه الأشبه وقال الفرانى إنه الأفقه واقتضى إيراد الجرجانى ترجيحه وهو الذى جزم به الماوردى وجعل محل الخلاف فيما لا عادة فيه أو كانت العادة مستوية فيه قال صاحب الواقى ومن قال بالرد إلى العرف لا إلى أشبه الأشياء به لعله يفرق بين جزاء الصيد ومسألتنا بأن البعيد فى اعتبار الأشباه معمول به فى جزاء الصيد بدليل

الأئمة رحمهم الله خلاف ماذكره (وقوله) فاذا انضم الفسق اليه أوجب الحجر بناه على ماقدمه من اعتبار اجتماع الامرين وقد عرفت أن الصحيح المعتمد خلافه *

﴿ فرع ﴾ لو كان يغبن فى بعض التصرفات خاصة فهل يحجر عليه حجرا خاصا فى ذلك النوع فيه وجهان لبعد اجتماع الحجر والاطلاق فى الشخص الواحد

﴿ فرع ﴾ الشحيح على نفسه جدا مع اليسار قال فى البيان فيه وجهان عن الصيمرى والاصح المنع *

قال ﴿ ثم فائدة الحجر سلب استقلاله في التصرفات المالية كالبيع والشراء (و) والاقرار بالدين (م) وكـذا الهبة وفى سلب عبارته عند التوكيل به خلاف وعليه ينبنى صحة قبوله الوصية والهبة ولا حجر عليه فيما لايدخل تحت الحجر كالطلاق والظهار والخلع واستلحاق النسب ونفيه والاقرار بموجب العقوبات لانه مكلف والولى لايتولى ذلك فلا بد وأن يتولاه بنفسه (والاصح) أنه لايقبل اقراره باتلاف مال الغير كالصبى و ينعقد احرامه بالحج ثم يمنع الزاد ان لم يكن فرضا عليه ثم حكمه حكم المحصر أو المحرم المفلس حتى لايتحلل الا بلقاء البيت فيه خلاف ﴾*

الغرض الآن الـكلام فيما ينفذ من السفيه المحجور عليه من التصرفات ومالاينفذ وفيه مسائل (إحداها) لايصح منه العقود التي هى مظنة الضرر المالى كالبيع والشراء والاعتاق والـكتابة والهبة والنكاح ولافرق بين أن يشترى بعين ماله أوفى الذمة وفى شرائه فى الذمة وجه ضعيف تخريجا من شراء العبد بغير اذن مولاه والمذهب الاول لأن هذا الحجر انما يشرع نظراً للمبذر وذلك يقتضى الردحالا ومآلا والحجر على العبد لحق المولى فلا يمتنع التصحيح بحيث لايضر بالمولى وإذا باع وأقبض استرد من المشتري فلوتلف

إيجاب الشاة في قتل الحمام وما عب وهدر فهو مردود إلى أدنى شبه بخلاف مسألتنا فأن المعمول فيه أصلا هو العرف لا ما يشبه ألا ترى أن التمر مكيل و إن كان إلى الوزن أقرب فاتبع فيه العرف فكذلك فيماله شبه ولم يكن فيه أصل يرد إليه واختلفت عبارات المصنفين عن هذا الوجه فالمصنف وأتباعه و إمام الحرمين وصاحب التهذيب قالوا بلد البيع قال الرافعي وهو أحسن وهو الذي رجحه في المحرر قال ابن أبي عصرون مع هذا فأن اختلفت بالعرف فالغالب وقال الماوردي عرف أهل الوقت في أغلب البلاد وجزم به فان استوت أو فقدت فأربعة أوجه وقال القاضي أبي الطيب وابن الصباغ من

في يده ضمن فلو اشترى وقبض واستقرض فتلف المأخوذ في يده أو أتلفه فلا ضمان عليه ومن أقبضه فهو الذي ضيعه ولوليه استرداد الثمن ان كان قد أقبضه ولا فرق بين أن يكون من عامله عالما بحاله أو جاهلا إذ كان من حقه أن يتجنب ولا يعامل الا عن بصيرة وكما لا يجب الضمان في الحال لا يجب بعد رفع الحجر لأن هذا الحجر ضرب لمصلحته فأشبه الصبي لكن الصبي لم يأثم والسفيه يأثم لأنه مكلف وفيما إذا أتلفه بنفسه وجه أنه يضمن عند رفع الحجر عنه وهذا كله فيما اذا استقل بهذه التصرفات أما اذا اذن له الولي نظران أطلق الاذن فهو لغو وأن عين له تصرفا أو قدر العوض فوجهان (أصحهما) عند المصنف أنه يصح كما لو أذن له في النكاح وهذا لأن المقصود أن لا يضر بنفسه ولا يتلف ماله فاذا أذن الولي أمن من المحذور (والثاني) وهو الاصح عند صاحب التهذيب المنع كما إذا أذن للصبي ويخالف النكاح لأن المال فيه تبع ومقصود الحجر حفظ المال عليه على أن الامام رحمه الله أشار الى طرد بعضهم الخلاف في النكاح (فان قلنا) لا يصح فقد سلبنا بالحجر عبارته (وان قلنا) يصح فالمطلوب هو الاستقلال وعلى الوجهين يخرج ما اذا وكله غيره بشيء من هذه التصرفات هل يصح عقده للموكل وبما اذا إتهب وقبل الهبة لنفسه ولو أودعه انسان شيئا فلا ضمان عليه لو تلف عنده ولو أتلفه فقولان كما لو أودع صبيا (الثانية) لو أقر بدين معاملة لم يقبل سواء أسنده الى ما قبل الحجر أو بعده كالصبي وفيما إذا أسنده الى ما قبل الحجر وجه أنه يقبل تخريجا من الخلاف في أن المفلس اذا أقر بدين سابق على الحجر هل يزاحم المقر له الغرماء ولو أقر باتلاف مال أو جناية توجب المال فقولان (أحدهما) يقبل لانه لو أثبتنا الغصب أو الاتلاف يضمن فاذا أقر به يقبل (وأصحهما) الرد كالو أقر بدين معاملة ولا يؤاخذ بعد فك الحجر عنه بما أقر به ورددناه ولو أقر بما يوجب عليه حداً أو قصاصا قبل لأنه مكلف ولا تعلق لهذا الاقرار بالمال متى يتأثر بالحجر ولو أقر بسرقة توجب القطع قبل قوله في القطع وفي المال قولان كالعبد اذا أقر بسرقة هذا إن قلنا لا يقبل اقراره بدين الاتلاف (فان قلنا) فأولى أن يقبل ههنا ولو أقر بقصاص فعفى المستحق على مال فالصحيح ينوب المال لأنه يتعلق باختيار الغير لا باقراره ولو أقر بنسب ثبت النسب وينفق على الولد

العراقيين والقاضى الحسين من الخراسانيين عرف البلاد قالوافان اختلفت يكال مكالا فى بعضها ويوزن فى بعضها حكم بالأكثر زاد المتولى فان تعذر الرجوع إلى العرف للاختلاف ولا أدري أي العرفين أغلب يرد الى أقرب الأشياء شبها به وابن الصباغ ذكر أيضا لكن بحثا من عند نفسه (وأما) الشيخ أبو حامد فقال فيما علق عنه البندنيجى غالب عادة الناس به فى موضعه وأطلق وفيما علق عنه سليم قال فى موضعه الذى حدث به وليس هذا اختلافا فى المعنى ويمكن حمله وحمل كلام المصنف على شيء واحد فلا يبقى اختلاف الا بين كلام المصنف و كلام القاضي أبى الطيب فيعدان

الذى استلحقه من بيت المال ولو ادعى عليه دين معامله لزمه قبل الحجر وأقام عليه بينة سمعت وان لم يكن بينة (فان قلنا) أن النكول ورد اليمين كالبينة سمعت (وان قلنا) كالاقرار فلا لان غايته أن يقروا قراره غير مقبول (الثالثة) صح منه الطلاق لأنه لايدخل تحت حجر الولى وتصرفه الا ترى ان الولى لايطلق أصلا بل المحجور عليه يطلق بنفسه اذا كان مكلفا كالعبد وأيضا فأن الحجر لابقاء ماله عليه والبضع ليس بمال ولاهو جار مجري الاموال الاترى أنه لاينتقل الى الورثة ولا يمنع المريض من ازالة المال عنه واذا صح الطلاق مجانا فالخلع أولى بالصحة وبذلك يصح منه الظهار والرجعة ونفى النسب باللعان وما أشبهه لأن هذه العقود لاتعلق لها بمال ولو كان السفيه مطلاقا مع حاجته إلى النكاح سري بجارية فان تبرم منها أبدلت (الرابعة) حكم السفيه فى العبادات حكم الرشيد لكنه لايفرق الزكاة بنفسه فلو أحرم بغير اذن الولى انعقد احرامه ثم ينظر ان أحرم بحج التطوع وزاد مايحتاج اليه للسفر على نفقته المعهودة ولم يكن له فى الطريق كسب يفى بتلك الزيادة فللولى منعه ثم كيف سبيله نقل الامام رحمه الله وجهين (الاصح) الذى أورده الاكثرون أنه كالمحصر حتي يتحلل بالصوم إذا جعلنا الدم الاحصار بدلا لأنه محجور فى المال (والثانى) أن عجزه عن النفقة لايلحقه بمحصر بل هو كالمفلس الفاقد للزاد والراحلة لايتحلل الا تلقاء البيت وان لم يزد مايحتاج اليه علي النفقة المعهودة أو كان يكتسب فى الطريق مايفى بالزيادة لم يمنعه الولى بل ينفق عليه من ماله ولا يسلمه اليه بل الى ثقة لينفق عليه فى الطريق وان أحرم بحجة مفروضة كحجة الاسلام والحجة المنذورة قبل الحجر أنفق عليه الولي كما ذكرنا قال فى التتمة والحجة المنذورة بعد الحجر كالمنذورة قبله إن سلكنا بالنذر مسلك واجب الشرع والا فهى كحجة التطوع ولو نذر التصدق بعين مال لم ينعقد وفى الذمة ينعقد ولو حلف انعقد يمينه ويكفر عندالحنث بالصوم كالرقيق *

قال ﴿ وولى الصبي أبوه أو جده وعند عدمهما الوصى فان لم يكن فالقاضى ولا ولاية للام (و) ولا يتصرف الولى الا بالغبطة ولا يستوفى قصاصه (ح) ولا يعفو عنه ولا يعتق ولا يطلق بعوض

كـذلك وجهين وكـذلك حكاهما صاحب البحر غير منسوبين فتحصلنا من ذلك علي ثلاثة أوجه في المسألة في هذا القسم وليس يوجد في معظم كتب العراقيين غير ذلك ولم يحكوا في المسألة الا وجهين ولا يكفي من نقح المسألة وميز أقسامها وتكلم في كل قسم وحده غير المصنف رحمه الله فيما أعلم الآن ويوجد في المسأله أوجه أخر حكاها الماوردي من العراقيين والفوراني والقاضي حسين والشيخ أبو محمد وآخرون من الخراسانيين (رابعها) أن الاعتبار بالكيل لأن أكثر ما ورد فيه النص مكيل بل كل ما ورد فيه النص من المأكولات مكيل (وخامسها) الوزن لأنه أخص (وسادسها)

وغير عوض ولا يعفو عن حق شفعته الا لمصلحته فلو ترك فليس له الطلب بعد البلوغ على الاصح (و) وله أن يأكل بالمعروف من ماله ان كان فقيرا وان كان غنيا فليستعفف ﴾ *

هذه البقية لسائر من يلي أمر الصبي وفي معناه المجنون وانه كيف يتصرف أما الذي يليه فهو الاب ثم الجد كما في ولاية النكاح فان لم يكونا فالولي المنصوب من جهتهما بان لم يكن فالولاية للقاضي أو من ينصبه القاضي (وظاهر) المذهب أن لا ولاية للام كما ليس لها ولاية النكاح وعن أبي سعيد الاصطخري رحمه الله أن لها ولاية المال بعد الاب والجد وتقدم علي وصيهما لزيادة شفقتها (وأما) كيفية التصرف فالقول الجلي فيه اعتبار الغبطة وكون التصرف على وجه النظر والمصلحة وفي التفصيل صور (منها) يجوز للولي أن يشتري له العقار بل هو أولى من التجارة لما فيها من الاخطار وانحطاط الاسعار فان لم يكن فيه مصلحة لنقل الخراج أو جور السلطان أو أشراف الموضع على البوار لم يجز ويجوز أن يبني له الدور والمساكن ويبني بالآجر دون اللبن والجص ولا يبني باللبن والطين لقلة بقائه وذكر القاضي الروياني رحمه الله أن كثيرا من الأصحاب رحمهم الله جوزوا البناء له علي عادة البلد كيف كانت قال وهو الاختيار ولا يبيع عقاره الا لحاجة مثل أن لا يكون له مايصرفه إلى نفقته وكسوته وقصرت غلته عن الوفاء بهما ولم يجد من يقرضه أو لم ير المصلحة فيه والغبطة مثل أن يكون يقبل الخراج أو يرغب شريك أو جار باكثر من ثمن المثل وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن وله بيع ماله نسيئة وبالعرض إذا رأى المصلحة فيه فاذا باع نسيئة زاد على ثمنه نقدا وأشهد عليه وارتهن به رهنا وافيا فان لم يفعل ضمن هكذا قاله المعظم وروى الامام وجها في صحة البيع إذا لم يرتهن وكان المشترى مليا وقال الاصح الصحة ويشبه أن يذهب القائل بالصحة إلى أنه لا يضمن ويجوزه اعتمادا على ذمة الملي ولا يحتاج الاب اذا باع مال ولده من نفسه نسيئة أن يرتهن من نفسه بل يؤتمن في حق ولده واذا باع الاب والجد عقاره فيرفع الامر إلى القاضي أسجل على بيعه ولم يكلفه اثبات الحاجة أو الغبطة فاذا بلغ الصبي وادعي على الاب أو الجد بيع ماله من غير مصلحة فالقول قولهما مع اليمين

أنه يتخير بينهما وهذه الثلاثة حكاها الماوردي والقاضي حسين والشيخ أبو حامد ونقل امام الحرمين وجه التخيير عن نقل شيخه واستبعده لأنه لم يقف عليه كغيره (وسابعها) أن كان متخرجا من أصل معلوم التقدير يسلك به مسلك ذلك الأصل فعلى هذا دهن السمسم مكيل كأصله ودهن اللوز موزون والخل مكيل قاله القاضي حسين وغيره كما سيأتي والعصير مكيل قاله الشيخ أبو محمد وغيره كما سيأتي قال الروياني في البحر لأن الزبيب مكيل وهذا الوجه قال الشيخ أبو محمد إنه الأصح وجزم به القاضي حسين وصاحب التتمة وحكاه الامام عن صاحب التقريب والصيدلاني أيضا وجعلوا محل الخلاف فيما ليس مستخرجا من أصل معلوم التقدير والرافعي قال أن منهم من خصص الخلاف بما اذا لم يكن له أصل معلوم التقدير

وعليه البينة وان ادعاه على الوصي أو الامين فالقول قوله في العقار وعليهما البينة وفي غير العقار وجهان (أظهرهما) أنها كالعقار والفرق عسر كالاشهاد في كل قليل وكثير يبيعه ومنهم من أطلق وجهين من غير فرق بين ولي وولي وبين العقار وغيره ودعواه على المشتري من الولي كهي على الولي وليس للوصي والامين بيع ماله من نفسه ومال نفسه منه روى أنه ﷺ «قال لا يشتري الوصي من مال اليتيم» (١) وللاب والجد ذلك وبيع مال أحد الصغيرين من الآخر وهل يشترط أن يقول بعت واشتريت كما لو باع من غيره أم يكتفي باحدهما فيقوم مقامهما كما أقيم الشخص الواحد مقام اثنين فيه وجهان تعرضنا لهما في أول البيع واذا اشترى الولي للطفل فليشتر من نفسه وحيث أمر بالارتهان لم يقم أخذ الكفيل مقامه (ومنها) لا يستوفي القصاص المستحق له لانه ربما يرغب في العفو ولا يعفو لأنه ربما يختار الاستيفاء تشفيا ولا يعتق عبيده لا بعوض ولا مجانا ولا يكاتبهم ولا يهب أمواله لا بشرط الثواب ولا دونه اذ لا يقصد بالهبة العوض ولا يطلق زوجته لا مجانا ولا بعوض ولو باع شريكه شخصا مشفوعا فيأخذ ويترك بحسب المصلحة فان ترك بحكم المصلحة ثم بلغ الصبي وأراد أخذه فوجهان (أصحهما) انه لا يمكن كما لو أخذ بحكم المصلحة ثم بلغ الصبي وأراد رده (والثاني) يمكن لانه لو كان بالغا لكان له الاخذ وافق المصلحة أو خالف والاخذ المخالف للمصلحة لم يدخل تحت ولاية الولي فلا يفوت عليه في تصرف الولي (ومنها) ليس للولي أخذ أجرة ولا نفقة من مال الصبي ان كان غنيا وان كان فقيرا فان قطع بسببه عن اكتسابه فله أخذ قدر نفقته قال الله تعالى (ومن كان غنيا فليستعفف) الآية وفي تعليق الشيخ أبي حامد رحمه الله انه يأخذ أقل الامرين من قدر النفقة وأجرة المثل والقول في انه هل يستبد بالاخذ يأتي في كتاب النكاح

(١) ﴿قوله﴾ روى أنه ﷺ قال لا يشترا الوصي من مال اليتيم لم أجده وقد أخرج البيهقي من طريق زهير بن أبي اسحق عن صلة بن زفر قال كنت جالسا عند ابن مسعود فجاء رجل من همدان على فرس أبلق فقال يا أبا عبد الرحمن اشترى هذا قال ماله قال إن صاحبه أوصى الى قال لا تشتره ولا تستقرض من ماله *

ومنهم من أطلق وقد تقدم تخصيص الماوردى محل الخلاف بما الاعادة فيه أوما كانت العادة فيه مستوية (فأما) صاحب البحر فأنه سلك طريقة أخرى جعل فى أصل المسئلة وجهين (وجه) اعتبار الشبه (ووجه) اعتبار غالب البلدان كما فعل القاضى أبو الطيب، ثم قال (إن قلنا) بالاول وكان شبهه بالمكيل والموزون سواء فقيل الكيل وقيل الوزن وقيل يتخير (وان قلنا) بالثانى وعادة الناس سواء فى الكيل والوزن فالوزن وقيل الكيل وقيل يتخير وقيل يعتبر باشبه الاشياء ثم ذكر وجهى أنه يعتبر بأصله أو بعادة بلد البيع وهذه طريقة مخالفة لما فى أكثر الكتب والله أعلم * وهى على الوجه الثانى غير ما فى الحاوى وعن البندنيجى أنه حكي وجهين على قولنا باعتبار الشبه فكان تشبيههما معا فأنهما يعتبر فيه وجهان (١) وهو بعض ما قاله الرويانى وبحث إمام الحرمين من عند نفسه بعد أن حكي الوجه الذى استبعده عن شيخه فقال ولو منع مانع أصل البيع لاستبهام طريق التماثل لكان أقرب مما ذكره يعنى شيخه (قلت) ولا يتأتى منع البيع لأن هذا مكيل أو موزون فيباع اما الكيل واما الوزن وليس هذا كما لا يكال ولا يوزن حيث نقول إنه لا يباع بعضه ببعض على أحد القولين لأن العلة فيه أن المبيع ممتنع إلا بشرط المماثلة فى الكيل أو الوزن وهما مفقودان وههنا بخلافه هما ممكنان ومع المرجح من

(١) كذا بالاصل فحرر

ان شاء الله تعالى * وهل عليه الضمان فيما أخذ كالمضطر اذا أكل الطعام أم كالامام اذا أخذ الرزق من بيت المال فيه قولان وللولى أن يخلط ماله بمال الصبى ويواكله قال الله تعالى (فانا تخالطوهم فاخوانكم) وقاس ابن سريج عليه ما اذا خلط المسافرون ازوادهم وتناهدوا وقال لعل هذا أولى بالجواز وان تفاوتوا فى الاكل لان كلامهم من أهل المسامحة هذه صور الكتاب وشرحها (ومنها) يجب عليه أن ينفق عليه ويكسوه بالمعروف ويخرج من ماله الزكاة وارش الجنايات وان لم تطالب ونفقة القريب بعد الطلب (ومنها) أن دعت ضرورة حريق أونهب الى المسافرة بماله سافر واذا كان الطريق مخوفا لم يسافر به وان كان امنا فوجهان (الذي) أورده الاصحاب رحمهم الله من العراقيين المنع كالمسافرة بالوديعة (والثانى) وهو الاصح الجواز لان المصلحة تقتضى ذلك والولى مأمور بالنظر بخلاف المودع واذا كان له أن يسافر كان له أن يبعث علي يد أمين (ومنها) أنه ليس لغير القاضى اقراض مال الصبى الا عند ضرورة نهب أو حريق واذا أراد سفرا ويجوز للقاضى الاقراض وان لم يعرض شيء من ذلك لكثرة اشغاله وسوى أبو عبد الله الحناطى رحمه الله بين القاضي وغيره ولا يجوز ايداعه مع امكان الاقراض فى أصح الوجهين فان عجز عنه فله الايداع ويشترط فيمن يودع عنده الامانة وفيمن يقرضه الامانة واليسار جميعا واذ أقرض فان رأى أن يأخذ به رهنا أخذ والا تركه والله أعلم *

العادة أو الشبه أو الأصل لا نسلم إلا انبهام والله أعلم * ثم أعلم أن الأكثرين أطلقوا هذا الخلاف كما ذكرناه والجعدى جعل محل الخلاف ما كاله قوم ووزنه آخرون (أما) ما اتفق الناس فيه على كيل أو وزن فهو أصل فى نفسه كالسكر لم يكن بالمدينة وليس له أصل واتفق الناس على وزنه (قلت)

﴿ كتاب الصلح ﴾

﴿ وفيه ثلاثة فصول ﴾

قال ﴿ الفصل الأول فى أركانه وهو معاوضة له حكم البيع إن جرى على غير المدعى فالصلح لايخالف البيع الافى ثلاث مسائل (الأولى) قال صاحب التلخيص يجوز الصلح على أرش الجنايات ولا يصح بلفظ البيع وأنكر الشيخ أبو على وغيره وقال ان كان معلوم القدر والصفة جاز باللفظين والا امتنع (ح) باللفظين وان علم القدر دون الوصف كابل الدية ففى كلا اللفظين خلاف (الثانية) أن يصالح عن بعض المدعى فهو جائز فيكون بمعنى هبة البعض ولفظ البيع لاينوب منابه فى هذا المقام وقيل أنه بلفظ الصلح أيضا لايصح (الثالثة) اذا قال ابتداء لغيره من غير سبق خصومة صالحنى من دارك هذه على ألف ففيه خلاف اذ لفظ البيع واقع فيه ولايطلق لفظ الصلح لا فى الخصومة ﴾ *

فسر الأئمة رحمهم الله الصلح فى الشريعة بالعقد الذى ينقطع به خصومة المتخاصمين وليس ذلك على سبيل التحديد ولكنهم أرادوا ضربا من التعريف مشيرين الى أن هذه اللفظة تستعمل عند سبق المخاصمة غالبا والمخاصمات والمزاحمات المحوجة الى المصالحة تارة تقع فى الاملاك وتارة فى المشتركات كالشوارع وغيرها والتعامل تارة يقع بالصلح وتارة بظهور جانب أحد المتنازعين باختصاصه بما يشعر بالاستحقاق فلاشتباك هذه الامور بعضها ببعض نسلك فى الباب فى كلام الشافعي رضى الله عنه للاصحاب رحمهم الله مع احكام الصلح المعقود لها الفصل (الاول) بيان المشتركات التى يقع فيها التزاحم صور يترجح فيها جانب أحد المتنازعين او يظن رجحانه وقد عقد صاحب الكتاب لما الفصل الثانى والثالث والاصل فى الصلح ماروى عن أبي هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا »(١) ووقفه على عمر رضى الله عنه أشهر وعن كثير بن عبد الله بن عمرو بن

﴿ كتاب الصلح ﴾

(١) ﴿ حديث ﴾ أبى هريرة الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أوحرم حلالا * أبو داود وابن حبان والحاكم من طريق الوليد بن رباح عنه بتمامه ورواه أحمد من حديث سليمان ابن بلال عن العلاء عن أبيه عن أبي هريرة دون الاستثناء وفى الباب عن عمرو بن عوف وغيره كما سيأتى قريبا *

انما يحتاج فى السكر الى ذلك اذا كان مدقوقا أما الكبار ففى الضوابط المتقدمة ما يفيد أنه موزون والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ ما كان على عهد رسول الله ﷺ ولم يعلم أنه يكال أو يوزن فحكمه حكم ما علم أنه لا أصل له فى جميع ما تقدم وان كانت عبارة المصنف لا تشمله ذكره القاضى أبو الطيب والماوردى والشيخ أبو محمد وابنه امام الحرمين والفورانى والمتولى والبغوى والرافعي وغيرهم وكذلك ما علم أنه يكال مرة ويوزن أخرى ولم يكن أحدهما أغلب قاله الرافعى وصاحب التهذيب *

عوف المزنى عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال « المؤمنون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا والصلح جائز »(١) اذا عرفت ذلك فالصلح إما أن يجرى بين المتداعيين أو بين المدعي واجنبى والقسم الاول على وجهين (احدهما) صلح المعاوضة وهو الذى يجرى على غير العين المدعاة كما اذا ادعى داراً فاقر بها المدعى عليه وصالحه بها على عبد أو ثوب وهذا الضرب حكمه حكم البيع وان عقد بلفظ الصلح وتتعلق به جميع أحكام البيع كالرد بالعيب والشفعة والمنع من التصرف قبل القبض واشتراط القبض ان كان المصالح عنه والمصالح عليه متوافقين فى علة الربا واشتراط التساوى فى معيار الشرع إن كانا من جنس واحد من أموال الربا وجريان التخالف عند الاختلاف ويفسد بالغرر والجهل والشروط الفاسدة فساد البيع وكذا اذا صالح منها على منفعة غير معلومة جاز وكان هذا الصلح اجارة كانه استأجر الدار والعبد بالعين المدعاة فيثبت فيه أحكام الاجارات (الضرب الثانى) صلح الحطيطة وهو الجارى على بعض العين المدعاة كما اذا صالح من الدار المدعاة علي نصفها أو ثلثها أو من العبدين على أحدهما فهذا هبة بعض المدعى ممن هو فى يده فيشترط القبول ومضى امكان مدة القبض وفي اشتراط الاذن الجديد فى القبض الخلاف المذكور فى باب الرهن ويصح بلفظ الهبة وما فى معناها وهل يصح بلفظ الصلح فيه وجهان (أحدهما) لا لان الصلح يتضمن المعاوضة ومحال أن يعامل الانسان ملك نفسه ببعضه (وأظهرهما) الصحة لان الخاصية التى يفتقر اليها لفظ الصلح هو سبق الخصومة

(قوله) وقف هذا الحديث على عمر اشهر * البيهقي في المعرفة من طريق أبي العوام البصري قال كتب عمر الى أبي موسى فذكر الحديث وفيه والصلح جائز فذكره بتمامه ورواه فى السنن من طريق أخرى الى سعيد بن أبى بردة قال هذا كتاب عمر الى أبى موسى فذكره فيه وسيأتى فى كتاب القضاء تاما ان شاء الله *

(١) ﴿ حديث ﴾ كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال المؤمنون عند شروطهم * الحديث تقدم فى باب المصراة والرد بالعيب وانه للترمذى وغيره *

﴿ فرع ﴾ يباع البيض بالبيض وزنا وان كان عليه قشرة لأنه من صلاحه * قاله في التهذيب *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رضى الله عنه في الأم في باب جماع السلف في الوزن ولا بأس أن تسلف في شيء وزنا وان كان يباع كيلا ولا في شيء يباع كيلا وان كان يباع وزنا اذا كان لا يتجافى في المكيال مثل الزيت الذي هو ذائب ان كان يباع في المدينة في عهد النبي ﷺ قلنا الله أعلم اما الذى أدركنا المتبايعين به عليه فأما ماقل منه فيباع كيلا والجملة لالكثرة يباع وزنا

وقد حصلت ثم هو منزل في كل موضع مايقتضيه الحال كلفظ التمليك ولا يصح هذا الضرب بلفظ البيع وهذه احدي المسائل الثلاث التى ذكر صاحب الكتاب أن الصلح يخالف البيع فيها وذلك على الوجه الاظهر (وأما) اذا قلنا انه لايصح بلفظ الصلح أيضا فلا فرق بين اللفظين (والمسألة الثانية) ذكر ابن القاضى فى التلخيص انه اذا صالحه من ارش الموضحة على شيء معلوم جاز اذا علما قدر أرشها ولو باع لم يجز وخالفه معظم الاصحاب فى افتراق اللفظين وقالوا ان كان الارش مجهولا كالحكومة التى لم تقدر ولم تضبط لم يجز الصلح عنه ولا بيعه وان كان معلوم القدر والصفة كالدراهم والدنانير اذا ضبطت فى الحكومة جاز الصلح عنها وجاز بيعها ممن عليه وان كان معلوم القدر دون الصفة على الحد المعتبر فى السلم كالابل الواجبة فى الدية ففي جواب الاعتياض عنها بلفظ الصلح و بلفظ البيع جميعا وجهان ويقال قولان (أحدهما) انه يصح كما لو اشترى عينا ولم يعرف صفاتها (وأظهرهما) فيما ذكر الشيخ أبو الفرج السرخسى المنع كما لو أسلم فى شيء ولم يصفه وهذا فى الجراحة التى لا توجب القود أما فى النفس أو فيما دونها فالصلح عنها مبني على الخلاف فى أن موجب العمد ماذا وسيأتى في موضعه ان شاء الله تعالى (والمسأله الثالثة) لاشك انه لو قال من غير سبق خصومة بعني دارك هذه بكذا فباع يصح ولو قال والحالة هذه صالحني عن دارك هذه بالف فعن الشيخ أبي محمد فيه ذكر وجهين (أحدهما) الصحة لان مثل هذا الصلح معاوضة فسواء عقد بهذه اللفظة أو بهذه اللفظة (وأظهرهما) المنع لان مثل هذا الصلح معاوضة لايطلق ولا يستعمل الا اذا سبقت خصومة فعلى هذا يخالف الصلح البيع وكأن هذا الخلاف مفروض فيما اذا استعملا لفظ الصلح ولم ينويا أو أحدهما شيئا فأما اذ استعملا ونويا البيع فانه يكون كناية بلاشك ويكون على الخلاف المشهور فى انعقاد البيع بالكنايات والقياس عود مسائل الاستثناء فى الصلح الذى ذكرنا انه اجارة بلا فرق واعود الآن الى البحث عن لفظ الكتاب ونظمه (قوله) الفصل الاول فى أركانه أركان الصلح على المعهود من كلام صاحب الكتاب المتصالحان والمصالح عليه والمصالح عنه وليس فى الفصل

ودلالة الأخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه «لا آكل سمنا ما دام السمن يباع بالأواقى» ويشبه الأواقي أن يكون كيلا انتهى كلام الشافعى رضى الله عنه * وفى قوله ويشبه الأواقى أن يكون كيلا نظر وقال أبو عبيدة فى هذا الأثر عن عمر فى عام الرمادة وقد كان يأكل الخبز بالزيت فقرقر بطنه فقال «قرقر ماشئت فلا يزال هذا دأبك مادام السمن يباع بالأواقي» وجعل هذا دليلا على أن أصل السمن الوزن والذى أفهمه من ذلك أن السمن لقلته صار يباع بالأواقى التى تدل على الوزن فامتنع عمر رضى الله عنه عن أكله فيدل على خلاف ما أراده الشافعى الا أن يكون لفظ الأواقى اسم للمكاييل كما أشار اليه الشافعى رضى الله عنه وهو خلاف ما عليه العرف الآن والشافعى أخبر بعرف ذلك الزمان *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿وان كان مما لا يكال ولا يوزن وقلنا بقوله الجديد إنه يحرم فيه الربا وجوزنا بيع بعضه ببعض نظرت فان كان مما لا يمكن كيله كالبقل والقثاء والبطيخ وما أشبهها بيع وزنا وان كان مما يمكن كيله ففيه وجهان (احدهما) لا يباع الا كيلا لأن الأصل هو الأعيان الأربعة المنصوص عليها وهى مكيلة فوجب رده الى الأصل (والثانى) أنه لا يباع الا وزنا لأن الوزن أحصر﴾ *

﴿الشرح﴾ (قوله) وان كان أي المبيع المطعوم مما لا يكال ولا يوزن أى في العادة وان كان قد يتأتى كيله أو وزنه على خلاف العادة وهذا القسم يندرج تحته القسم الثالث والرابع من التقسيم المتقدم لأنه لا فرق فى الحكم هنا بين ما عهده فى زمنه صلى الله عليه وسلم كذلك وما حدث بعده على ماتقدم التنبيه عليه وعلى كلام ابن يونس فيه (وأما) العمرانى فأنه فى كتاب السؤال عما في المهذب من الأشكال جعل المسألة الأولى التى تقدمت فى المطعومات التي لم تكن بأرض الحجاز فى زمن النبي

تعرض لها ولشروطها وانما الذى يتضمنه بيان الصحيح من الصلح والفاسد وان الصحيح منه من أى قبيل هو فاذن الفصل ببيان الاحكام أشبه منه بالاركان وقوله والصلح لايخالف البيع الا فى ثلاث مسائل (اما) أن يحمل على كل صلح أو على الصلح المذكور قبل هذا الكلام وهو الصلح الجارى على غير المدعى وظاهر أن الاول غير مراد لانواع الصلح التى ليست بنوع ولو أراد ذلك لما احتاج الى تقييد ماقبله بقوله ان جرى على عين المدعى والثانى فيه توقف أيضا لان احدى المسائل الثلاث ما اذا صالح على بعض المدعى والصلح على بعض المدعى لايندرج فى الصلح على غير المدعى حتى يستثني منه الا أن يراد بالعين كما يصدق ان يقال انه ليس هو دون الخارج عن الذات لكنه بعيد عن الفهم فى مثل هذه المواضع وربما يوجد فى بعض النسخ ان جرى على عين المدعى

ﷺ والمسألة الثانية وهى هذه التي شرعنا فيها فى المطعومات التى كانت فى أرض الحجاز فى زمن النبى ﷺ مما لم تجر العادة فيه بكيل ولا وزن والذى قلته أشمل وأحسن فاعلمه * اذا عرف ذلك فان لنا خلافا قدمه المصنف فى أول الفصل من هذا الباب فى جريان الربا فى هذه الأشياء كالبقل والقثاء والبطيخ والرمان والسفرجل والباذنجان والخيار والجوز وسائر الفواكه التى تباع عدداً قال بعضهم وذلك على عادة الشرق والا فالجوز والقثاء فى بلادنا يباعان وزنا والباذنجان وكثير من الخضراوات فى بعض البلاد وكذلك ضابط ما يكليه فيه مالم يجر العرف العام بتقديره ولا اعتبار بما يتفق فى بعض على خلاف العموم فالقديم لا يجرى الربا فيه لعدم التقدير بالكيل أو الوزن وهو

بدل غير المدعى وهو فاسد لأن الصلح على كل المدعى لامعني له وعلى بعضه لا يكون بيعا البتة واو كان مكانها ان جرى علي العين المدعاة ليكون قسيما لقوله من بعد وان صالح عن الدين و يتضح استثناء المسألة المذكورة لكان أحسن لكن الصلح فى مسألة الصلح عن الأرش صلح عن الدين فلا يدخل حينئذ حتى يستثني مخالفة الصلح البيع لأنه لاينحصر فى الصور الثلاث بل من صورها الصلح عن القصاص فانه صحيح ولا مجال للفظ البيع فيه (ومنها) قال صاحب التلخيص لو صالحنا أهل الحرب من أموالهم على شيء نأخذه منهم جاز ولا يقوم مقامه البيع واعترض عليه القفال بأن تلك المصالحة ليست مصالحة عن أموالهم على شيء نأخذه وانما نصالحهم ونأخذ منهم للكف عن دمائهم وأموالهم وهذا قويم لكنه لايخدش مخالفة اللفظين لأن لفظ البيع لايجرى فى أمثال تلك المصالحات (وقوله) فانكر الشيخ أبو على ذلك هذا قد ذكره الشيخ على أحسن وجه كما هو دأبه لكنه ليس مبتدئا بهذا الكلام حتى ينسب اليه بل الأئمة رحمهم الله ذكروه وقبله منهم الشيخ القفال و(قوله) والا امتنع باللفظين يجوز إعلامه بالحاء لان عند أبى حنيفة يجوز الصلح عن المجهول أرشا كان أوغيره وبه قال أحمد رحمه الله * لنا القياس على المصالح عليه فأنه لا بد وان يكون معلوما بالاتفاق (وقوله) وقيل إنه بلفظ الصلح أيضا لا يصح أي لا بد من لفظ الهبة لأنه غير صحيح أصلا *

قال ﴿ وأما الصلح عن الدين فهو كبيع الدين فان صالح على بعضه فهو ابراء (و) عن البعض ولو صالح من حال على مؤجل أو مؤجل على حال أو صحيح على مكسر أو مكسر على صحيح فهو فاسد لأنه وعد من المستحق أو المستحق عليه لايلزم الوفاء به ولو صالح من ألف مؤجل على خمسمائة حال فهو فاسد لانه نزل عن القدر للحصول على زيادة صفة ولو صالح عن ألف حال على خمسمائة مؤجل فهوابراء عن خمسمائة ووعد فى الباقى لايلزم ﴾ *

﴿النوع الثانى﴾ عن الدين وله ضربان (أحدهما) صلح المعاوضة وهو الجارى على غير الدين المدعى فينظران

جزء العلة فى القديم فعلي هذا يجوز بيع بعضه ببعض عددا وجزافا ومتفاضلا ولا تأتى المسألة فيما نحن فيه (وإن قلنا) بقوله الجديد فله فى الجديد قولان ذكرهما المصنف بعد هذا بفصلين فيما لا يدخر من الفواكه ويذكرهما القاضى حسين وجهين فيما يدخر بعد تجفيفه قال لا يجوز بيع رطبة برطب وبعد الجفاف فيه وجهان لأنه لا يعرف له معيار فى الشرع وسيأتى شرح ذلك إن شاء الله تعالى فحيث قلنا لا يجوز بيع بعضه ببعض لا تأتى المسألة وحيث قلنا بالجواز وهو الذى نسبه بعض الى ابن جريج بن شريح فعلى هذا إن كان مما لا يمكن كيله كالبقل والقثاء والبطيخ والرمان قال الماوردى والسفرجل الكبار قاله الجرجانى والفجل والسلجم والجزر قاله القاضى أبو الطيب وما أشبهه بيع وزنا قاله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والمصنف وابن الصباغ والرافعى وغيرهم وإن كان مما يمكن كيله كالتفاح قاله أبو الطيب وابن الصباغ والتين قاله الرافعى والنبق والعناب قالهما الماوردى والخوخ الصغار قاله الشيخ أبو حامد وابن الصباغ ففى معياره وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى وابن الصباغ والمصنف والرافعى وغيرهم وحكاهما أبو على الطبرى فى تعليقه عن أبى هريرة قولين (أصحهما) أنه يباع وزنا لأنه أحصر فى حصول حقيقة المساواة وهذا ما صححه الجرجانى فى التحرير والشافى وممن صحح ذلك القاضى أبو الطيب وكذلك الغزالى قال فى البسيط بعد ذكر مالا يكال ولا يوزن وهذا فيما لا قشر له أما الجوز والبيض فلا يجوز بيعه وزنا وجها واحدا وطرد صاحب التقريب فيه خلافاً اذا بيع وزناً وهو بعيد لأن الوزن فيه لا يضبط وقال هو وابن الصباغ

صالح على بعض اموال الربا على ما يوافقه فى العلة فلا بد من قبض العوض فى المجلس ولا يشترط تعيينه فى نفس الصلح على أصح الوجهين وان كان ديناً صح الصلح فى أصح الوجهين ولكن يشترط التعيين فى المجلس ولا يشترط القبض بعد التعيين فى أصح الوجهين وكل ماذكرناه موجها فى البيع للدين ممن عليه الدين (وقوله) فى الكتاب فهو كبيع الدين اشارة الى هذه الجملة (والضرب الثانى) صلح الحطيطة وهو الجارى على بعض الدين المدعى فهو ابراء عن بعض الدين فان استعمل لفظ الأبراء أوما فى معناه كما اذا قال أبرأتك عن خمسمائه من الألف الذى عليك وصالحتك عن الباقي برئت ذمته عن ما أبرأه منه ولم يشترط القبول وفيه وجه بعيد مضطرد فى كل ابراء ولا يشترط قبض الباقي فى المجلس وان اقتصر على لفظ الصلح فقال صالحتك عن الألف الذى لى عليك على خمسمائه فوجهان كنظيرهما فى صلح الحطيطة فى العين (والأصح) الصحة ثم هل يشترط القبول فيه وجهان كالوجهين فيما اذا قال لمن عليه الدين وهبته منك والأظهر اشتراطه لأن اللفظ فى وضعه يقتضيه ولو صالح منه على خمسمائة معينة فالوجهان جاريان ورأى الأمام وجه الفساد ههنا أظهر لأن بعض الخمسمائة يقتضى

إنه صرح به فى الأم وقد رأيته في الأم فى باب الآجال فى الصرف حال بعد أن قرر القول الجديد وجريان الربا فى غير المكيل والموزون من المأكول واذا بيع منه جنس بشيء من جنسه لم يصح عدداً ولم يصح إلا وزناً بوزن وهـذا مكتوب فى غير هذا الموضع بغلطه هذا لفظ الشافعى رحمه الله تعالي وممن صححه القاضى أبو الطيب والجرجانى والرافعى قال الرافعى ولا بأس على الوجهين بتفاوت العدد ونقل اسماعيل الخضرى عن الشيخ أبي حامد أن أولى الوجهين الكيل قال ابن الصباغ فأن قيل من شأن الفرع أن يرد إلى الأصل بحكمه وهذه الاصول حكمها تحريم التفاضل فى الكيل فكيف يكون

كونها عوضا وكون العقد معاوضة فيصير بائعا لألف بخمسمائة ولصاحب الوجه الاول أن يمنعه ويقول الصلح منه على البعض المعين ابراء واستيفاء للباقى ولايصح هذا الضرب بلفظ البيع كما فى نظيره من الصلح عن العين ولو صالح من ألف حال على ألف مؤجل أو من الف مؤجل على الف حال فهو لاغ لأنه فى الصورة الأولى وعد من رب المال بالحاق الأجل وفى الثانية من المديون بأسقاط الاجل والاجل لايلحق ولا يسقط نعم لو عجل من عليه المؤجل وقبله المستحق سقط الاجل بما جرى من الايفاء والاستيفاء وكذلك الحكم فى الصحيح والمكسر * ولو صالح من ألف مؤجل على خمسمائة حالة فهذا الصلح فاسد لانه نزل عن بعض المقدار لتحصيل الحلول فى الباقى والصفة بانفرادها لاتقابل بالعوض ثم صفة الحلول لاتلتحق بالمال المؤجل واذا لم يحصل مانزل عن القدر لتحصيله لم يصح النزول ولو صالح عن ألف حال على خمسمائة مؤجلة فهذا ليس فيه شائبة المعاوضة ولكنه مسامحة من وجهين (أحدهما) حط بعض القدر (والثاني) الحاق الاجل بالباقى والاول سائغ فيبرأ عن خمسمائة والثاني وعد لايلزم فله أن يطالبه بالباقى فى الحال *

﴿ فروع ﴾ (أحدها) قال أحد الوارثين لصاحبه تركت نصيبي من التركة اليك فقال قبلت لم يصح ويبقى حقه كما كان لأنها ان كانت أعيانا فلا بد فيها من تمليك وقبول وان كان فيها دين عليه فلا بد من ابراء ولو قال صالحتك من نصيبي على هذا الثوب فان كانت التركة أعيانا فهو صلح عن العين وان كانت ديونا عليه فصلح عن الدين وان كانت على سائر الناس فهو بيع الدين من غير من عليه فالصلح باطل فى الدين وفى العين قولا تفريق الصفقة *

﴿ الثانى ﴾ له فى يد غيره الف درهم وخمسون دينارا فصالحه منه على الفى درهم لايجوز وكذا لومات عن اثنين والتركة الفادرهم ومائة دينار وهى فى يد أحدهما فصالحه الآخر عن نصيبه على الفى درهم يجوز والفرق انه اذا كان الحق فى الذمة فلاضرورة الى تقدير المعاوضة فيه فيجعل مستوفيا لاحد الالفين معتاضا بالآخر عن الدنانير واذا كان معينا كان الصلح عنه اعتياضا وكانه باع الف درهم وخمسين دينارا بالفى درهم وهو من صور مد عجوة

حكم فروعها تحريم التفاضل فى الوزن قلنا إنما اعتبر الكيل فى المنصوص عليها لأن تقديرها فى العادة بالكيل والفرع الملحق بها ينبغى أن يعتبر فى تساويه بما يقدر به فى غالب العادة كيلا كان أو غيره يدل عليه قوله ﷺ « وكذلك الميزان » وقد بينا أن الوزن ليس بعلة فلم يبق إلا أنه أراد الموزون في المطعومات واعلم أن المصنف فى التنبيه ذكر الخلاف فى بيع هذا القسم بعضه ببعض على الجديد مقصوداً وهنا أشار اليه فى ضمن مسألة المعيار وذكر وجهاً هنا انه يعتبر فيه الكيل ولم يذكر في التنبيه الا الوزن فقط ومقتضى كلام صاحب الوافى أنها مسألة واحدة وانه يأتي فيها من مجموع الكتابين ثلاثة أوجه ويحتمل أن يكون مراده فى التنبيه ما إذا كان لا يمكن كيله الذى هو القسم الأول فى كلام المصنف آنفاً كالبقل والقثاء والبطيخ فأنه لا يأتى فيه إلا قولان (أحدهما) امتناع بيع بعضه ببعض الذى أشار إليه المصنف هنا (والثانى) الجواز إذا تساويا فى الوزن وأما إذا أمكن كيله ووزنه فلم يذكره فى التنبيه أو يكون مراده فى التنبيه ما يشمل الصورتين ما يمكن كيله ومالا يمكن

ونقل الامام عن القاضي الحسين فى صورة الدين أيضا المنع تنزيلا له على المعاوضة *

﴿ الثالث ﴾ صالحه عن الدار المدعاة على أن يسكنها سنة فهو اعارة الدار منه يرجع عنها متى شاء وليس بمعاوضة لان الرقبة والمنافع ملكه ومحال أن يعتاض بملكه عن ملكه واذا رجع عن الاعارة لم يستحق أجرة المدة التى مضت كما هو قضية العارية ونقل القاضي ابن كج وجها انه يستحق لانه جعل سكنى الدار فى مقابلة رفع اليد عنها وانه عوض فاسد فيرجع الى أجرة المثل ولو صالحه عنها على ان يسكنها سنة بمنفعة عبده سنة فهو كالو اجر داره بمنفعة عبده سنة *

﴿ الرابع ﴾ صالحه عن الزرع الاخضر بشرط القطع جاز ودون هذا الشرط لا يجوز ولو كانت المصالحة عن الزرع مع الارض فلا حاجة الى شرط القطع فى أصح الوجهين ولو كان التنازع فى نصف الارض ثم اقر المدعى عليه وتصالحا عنه على شيء لم يجز وان شرط القطع كالو باع نصف الزرع مشاعا لا يجوز شرط القطع أولم يشترط *

قال ﴿ هذا كله فى الصلح على الاقرار فأما الصلح على الانكار فلا يصح (ح) كما اذا قال صالحني على دعواك الكاذبة أو عن دعواك أو صالحني مطلقا فان قال بعني الدار التى تدعيها فهو اقرار فيصح وان قال صالحني عن الدار فالظاهر انه ليس بلقرار والصلح باطل وفى صلح الحطيطة على الانكار فى العين وجهان لأنه فى حكم الهبة للبعض بزعم صاحب اليد وكذا الخلاف فى صلح الحطيطة فى الدين ﴾ *

﴿ الوجه الثاني ﴾ من وجهى الصلح الجارى بين المتداعيين هو الصلح الجارى على الانكار فينظر ان جري على غير المدعى فهو باطل خلافا لابى حنيفة ومالك وأحمد *

قال فى كل منهما قولا أنه لايجوز بيع بعضه ببعض وعلى القول الآخر يباع وزناً أما فيما لا يمكن كيله فقطعاً وأما فيما يمكن كيله فعلى الاصح وسكت عن قول اعتبار الكيل الذى هو خاص باحدى الصورتين كذلك ولضعفه فهذه الاحتمالات الثلاثة شائعة فى كلامه كل منها محتمل لايرد عليه شىء والله أعلم وقد صحح كلامه فى التنبيه على جماعة وربما فهم منه خلاف مراده واستغرب بعضهم حكايته فيه القول بامتناع مطلقا وهو أعم من القولين الآتيين فى المهذب فيما لايدخر من الفواكه والله أعلم فان كلامه فى التنبيه شامل لما يدخر وقد عرفت أن القاضى حسين حكى فى بيع بعضه ببعض فى حالة جفافه وجهين ولما لايدخر الذى حكى الخلاف فيه فى المهذب *

لنا القياس على مااذا انكر الخلع والكتابة ثم تصالحا على شىء وصورة الصلح على الانكار أن يدعي عليه دارا مثلا فينكر ثم يتصالحان على ثوب أو دين ولا يكون طلب الصلح منه اقرار لانه ربما يريد قطع الخصومة هذا اذا قال صالحني مطلقا وكذا لو قال صالحني عن دعواك الكاذبة أو قال صالحني عن دعواك بل الصلح عن الدعوى لايصح مع الاقرار أيضا لان مجرد الدعوى لايعتاض عنها ولو قال بعد الانكار صالحنى عن الدار التى ادعيتها فوجهان (أحدهما) انه اقرار لانه طلب منه التمليك وذلك يتضمن الاعتراف بالملك فصار كما او قال ملكني (وأصحهما) انه ليس باقرار لان الصلح فى الوضع هو الرجوع الى الموافقة وقطع الخصومة فيجوز أن يكون المراد قطع الخصومة فى المدعى لاغير فعلى هذا يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلحا على الانكار ولو قال بعنيها أو هبها منى فالمشهور انه اقرار ودونه صريح فى التماس التمليك وعن الشيخ أبى حامد انه كقوله صالحني وفى معناه ما اذا كان التنازع فى جارية فقال زوجنيها ولو قال اجرنى او أعرنى فاولى أن لا يكون اقرارولو أبرأ المدعى المدعي عليه وهو منكر وقلنا لايفتقر الابراء الى القبول صح الابراء بخلاف الصلح لانه مستقل بالابراء فلا حاجة فيه الى تصديق الغير ولهذا لو أبرأه بعد التحليف صح ولو صالحه لم يصح *وان جرى الصلح على الانكار على بعض العين المدعاة وهو صلح الحطيطة فى العين فوجهان (أحدهما) و به قال القفال انه صحيح لان المتصالحين متوافقان على أن النصف مستحق للمدعى اما المدعى فانه يزعم استحقاق الكل وأما المدعى عليه فانه سلم والنصف له بحكم هبته منه وتسليمه اليه فاذن الخلاف بينهما فى جهة الاستحقاق (والثانى) و به قال الاكثرون انه باطل كما لو كان على غير المدعى قالوا ومهما اختلف القابض والدافع فى الجهة فالقول قول الدافع ألا ترى أنه لو دفع اليه دراهم وقال دفعتها عن الدين الذى به الرهن وانكر القابض أو دفع الى زوجته دراهم وقال دفعتها عن الصداق وقالت بل هى هدية فالقول قول الدافع واذا كان كذلك فالدافع يقول

﴿ فرع ﴾ يجوز بيع الجوز بالجوز مع قشرهما على المذهب وحكى عن ابن كج أنه نقل عن النص أنه لايجوز فعلى الاول ماالمعيار فيه قال البندنيجى فى تعليقة أبي حامد قلت له فالجوز بالجوز فقال الذى عندى أنه على الوجهين (أحدهما) يباع وزنا (والثانى) يباع كيلا وكذلك حكى الجرجانى فيه وجهين وقال فى التهذيب والتتمة يجوز بيع الجوز بالجوز وزنا واللوز باللوز كيلا ويجوز بيع البيض بالبيض فى قشره وزنا على المذهب قاله الرافعى وغيره (قلت) وكون الجوز موزونا أقرب لماتقدم من الضابط فيما زاد علي حد التمر (وقوله) ان اللوز مكيل مخالف لما تقدم عن القاضى حسين أنه موزون ولكن ماذكره البغوى أولى فانه يتجافى فى المكيال والله أعلم * وقال الشافعى فى الام في باب بيع الآجال ماظاهره انه لايجوز بيع بعضه ببعض فانه قال واذا كان معه شيء معيب مثل الجوز واللوز وما يكون مأكوله فى داخله فلا خير فيه بعضه ببعض عددا ولا كيلا وزنا من قبل أن مأكوله معيب وان قشره يختلف فى الثقل والخفة فلا يكون أبداً الا مجهول بمجهول فاذا كسر فخرج مأكوله فلا باس ببيع بعضه ببعض عددا لا وزنا ولا كيلا فاذا اختلف فلا باس به من قبل انه اذا كان رطبا فقد ييس فينقص واذا انتهى يبسه فلا يستطاع أن يكال وأصله الكيل فلا خير فيه وزنا لانا لانحيل الوزن الى الكيل هذا لفظ الشافعى رضي الله عنه وفى المجرد من تعليق أبي حامد حكى عن الشافعى أنه

انما بذلت النصف لدفع الاذى حتى لايرفعنى الى القاضى ولا يقيم على بينة زور * وان كان المدعى دينا وتصالحا على بعضه على الانكار نظر ان صالحه عن الف على خمسمائة مثلا فى الذمة لم يصح لان فى التصحيح تقدير الهبة وايراد الهبة على مافى الذمة ممتنع وان أحضر خمسمائة وتصالحا من المدعى عليها فهو مرتب على صلح الحطيطة فى العين ان لم يصح ذلك فهذا أولى وان صح ففيه وجهان والفرق أن مافى الذمة ليس ذلك المحضر المعين وفى الصلح عليه معنى المعاوضة ولا يمكن تصحيحه معاوضة مع الانكار واتفق الناقلون على أن وجه البطلان هاهنا ارجح * ولو تصالحا ثم اختلفا فى أنهما تصالحا على الانكار أو على الاقرار ذكر القاضى ابن كج أن القول قول من يدعى الانكار لان الاصل أن لاعقد ولك أن تخرجه على الخلاف الذى سبق فى نزاع المتعاقدين في أن العقد الجارى بينهما كان صحيحا أو فاسدا *

قال ﴿ وان جاء أجنبى وصالح من جهة المدعى عليه وقال هو مقر صح نظراً الى توافق المتعاقدين وان قال هو منكر ولكنه مبطل فى الانكار فالنظر الى مباشر العقد وهو مقر أو الى من له العقد وهو منكر فيه خلاف ولو صالح لنفسه وزعم أنه قادر على الانتزاع فالاظهر (و) الصحة ﴾ *

﴿ القسم الثانى ﴾ من قسمى الصلح مايجرى بين المدعى و بين الاجنبى وذلك اما أن يكون مع اقرار المدعى عليه ظاهراً أو دونه (الحالة الاولى) ان يكون مع اقراره ظاهرا فاما أن يكون المدعي عينا او دينا ان كان عينا

قال فى الصرف لايباع الجوز بعضه ببعض كيلا ولا وزنا ثم قال قال الشيخ وهذا بعيد على المذهب وقد حكى الرافعى عن ابن كج أنه حكى عن نص الشافعى أنه لايجوز ولعله أشار الى النص المذكور وقد حكى الماوردى أيضا ذلك عن النص ولم يرد عليه و بالجواز جزم القاضى حسين لان قشره من صلاح اللب ويدخر معه كيلا يفسد فهو كالنوى من التمر الا أن هناك مايقيه من الفساد يكون فى جوفه وههنا مايقيه من الفساد يكون على ظاهره ومقتضى كلام الامام الجوز والبيض مما لايكال ولا يوزن وانه أبعد فى جواز البيع من القثاء بالقثاء فانه ذكر أن الاصح فى القثاء المنع على الجديد ثم قال واتفقت الطرق على منع بيع البيض بالبيض والجوز بالجوز وزنا بوزن من جهة أن المقصود في أجوافها وقشورها تتفاوت تفاوتا ظاهرا وهذا لايتحقق فى القثاء ومافى معناه قال وذكر صاحب التقريب فى البيض والجوز اذا بيع البعض بالبعض منها وزنا وجهين قال وهذا بعيد (قلت) وذلك أن الجوز فى غالب البلاد يباع بالعدد ولم يستمر العرف فى وزنه فهو ربوى على الجديد دون القديم ولم يثبت للشارع فيه معيار فامتنع بيع بعضه ببعض وهو أولى بذلك من القثاء من جهة استتاره وذكر الرويانى فى البحر أنه حكى عن القفال أنه لايجوز بيع الجوز بالجوز ولا اللوز باللوز عددا ولا وزنا إلا أن لا ينقص فى

وقال الاجنبى ان المدعى عليه وكلنى فى مصالحتك له علي نصف المدعى او على هذا العبد من ماله فتصالحا عليه صح الصلح وكذا لو قال وكلني لمصالحتك عنه على عشرة فى ذمته ثم ان كان صادقا فى الوكالة صار المدعى للمدعى عليه والا فهو شراء الفضولى وقد سبق حكمه وتعريفه وان قال أمرنى بالمصالحة له على هذا العبد من ملكي فصالحه عليه فهو كما لو اشترى لغيره بمال نفسه باذن ذلك الغير وقد مر الخلاف فى أنه يصح أو لايصح وان صح فما يعطيه قرض أو هبة ولو صالح الاجنبى لنفسه بعين ماله أو بدين فى ذمته صح كما لو اشتراه وعن الشيخ أبى محمد انه على وجهين كما إذا قال ابتداء لغيره من غير سبق دعوى ولا جواب صالحني من دارك هـذه علي الف لانه لم يجر مع الاجنبى خصومة فيه قال وهذه الصورة أولى بالصحة لان اللفظ مرتب على دعوي وجواب فيكتفى فيه فى استعمال لفظ الصلح *وان كان المدعي دينا وقال وكلني المدعى عليه بمصالحتك على نصفه أو علي هذا الثوب من ماله فصالحه صح ولو قال على هذا الثوب وهو ملكى فوجهان (أحدهما) انه لايصح لانه يبيع دينا بعين (والثانى) يصح و يسقط الدين كما لو ضمن دينا وأدى عنه عوضا *ولو صالح لنفسه على عين أو دين فى ذمته فهو ابتياع دين فى ذمة الغير وقد بينا حكمه فى موضعه (والثانية) أن يكون انكاره ظاهرا فاذا جاء الاجنبى وقال اقر المدعى عليه عندى ووكلنى فى مصالحتك له الا أنه لايظهر اقراره خيفة أن تنتزعه فصالحه صح لان قول الانسان فى دعوى الوكالة مقبول فى البيع والشراء وسائر المعاملات وان قال الاجنبي هو منكر ولكنه مبطل فى الانكار فصالحنى له على عبدي هذا لتنقطع الخصومة

الـكيل فيجوز وقيل لايجوز أصـلا لأن المقصود فى جوفه قال والصحيح الأول لأن قشره من صلاحه ومقتضى كلام بعضهم الفرق بين الجوز واللوز فان الجوز موزون واللوز مكيل *

﴿ فرع ﴾ قال فى الابانة بيع الأدوية بالأدوية إن كانت لاتتجافى فى المـكيال فتباع كيلا والافوزنا وان كانت معجونة فلا يصح بيع بعضها ببعض لأن الاخلاط فيها مجهولة هـذا إذا كانا من جنس واحد وجزم الروياني فى البحر بجواز بيع البيض بالبيض وزنا قال لان هذه الحالة كماله فان كانا مكسورين لم يجز ﴿ فائدة ﴾ قال الجرجاني فى التحرير وما لايكال ولا يوزن فى مكان لايباع بعضه ببعض فى أحد القولين ويباع فى القول الآخر وهو الاصح وينظر فان كان لايأتى عليه الـكيل بيع وزنا وان كان يأتى عليه الـكيل بيع كيلا علي أحد الوجهين ووزناً على الآخر اه فاستفيد من قوله فى مكان ماقدمته من أنه ليس المعتبر هنا عدم الـكيل والوزن خاصة بل مطلقاً وهو محل كلام صاحب التنبيه فيه والله أعلم * ﴿ فائدة ﴾ الاصحاب يطلقون الخلاف بين القـديم والجـديد فى المطعوم الذى لايكال ولا يوزن ولا يصرحون باعتبار العرف أو الشرع والمقصـود من ذلك ماقدمته وكلام المصنف وغيره إذا امعنت فيـه التأمل يدلك علي ذلك ولذلك قال أبو محمـد عبد السـلام فى الغاية فصل فيما لايقدر شرعاً ولا عرفا ما لا يقدر فى العرف بـكيل ولا وزن القديم أنه

بينـكما فصالحه فوجهان (أظهرهما) على ماقاله الامام أنه غير صحيح لانه صالح دافع لمنـكر (والثانى) يصح لان المتعاقدين متوافقان والاعتبار فى شرائط العقد بمن يباشر العقد هذا اذا كان المدعى عينا فان كان دينا فطريقان (أحدهما) انه على الوجهين (وأصحهما) القطع بالصحة والفرق انه لايمكن تمليك الغير بغير إذنه وان قال هو منـكر وأنا أيضا لاأعلم صدقك وصالحه مع ذلك لم يصح سواء كان المصالح عليه له أو للمدعى عليه كما لوجرى الصلح مع المدعى عليه وهو منـكر وان قال هو منـكر ومبطل فى الانـكار فصالحنى لنفسي بعبدى هذا أو بغيره فى ذمتى لآخذ منه فان كان المدعى دينا فهو ابتياع دين فى ذمة الغير وان كان عينا فهو شراء غير الغاصب المغصوب فينظر فى قدرته على الانتزاع وعجزه وحكم الجانبين مبين فى أول البيع فلو صالحه وقال انا قادر على الانتزاع فوجهان (أظهرهما) انه يصح اكتفاء بقوله (والثانى) لا لان الملك فى الظاهر للمدعى عليه وهو عاجز عن انتزاعه قال الامام والوجه أن يفصل فيقال ان كان الاجنبى كاذبا فالعقد باطل باطنا وفى مؤاخذته فى الظاهر لالتزامه الوجهان وان كان صادقا حكم بصحة العقد باطنا وقطع بمؤاخذته لكن لاتزال يد المدعى عليه الا بحجة (وقوله) فى الـكتاب وإن جاء أجنبي وصالح من جهة المدعى عليه وقال هو مقر صح نظراً الى توافق العاقدين اراد

ليس بربوي) فأفاد ذلك ماقلته وذلك مستفاد من غضون كلام الامام فى النهاية ومن تلك اللفظة أخذ ابن عبد السلام رحمه الله ذلك والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وما حرم فيه الربا لايجوز بيع بعضه ببعض ومع أحد العوضين جنس آخر يخالفه فى القيمة كبيع ثوب ودرهم بدرهمين ومد عجوة ودرهم بدرهمين ولا يباع نوعان من جنس بنوع كدينار قاسانى ودينار سابورى بقاسانيين أو سابوريين أو دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين أو دينارين قراضة والدليل عليه ماروى فضالة بن عبيد قال «أتى رجل إلى رسول الله ﷺ بقلادة فيها

الحالة الثانية وهى أن يكون الصلح مع انكار المدعى عليه ظاهرا على ماأفصح به فى الوسيط ويمكن حمله من جهة اللفظ على الحالة الاولى أيضا (وقوله) فى المسألة بعده ففيه خلاف محمول على ما اذا كان المدعي عينا وان أراد تعميم الخلاف فى العين والدين كان جوابا على أحد الطريقين ويجوز اعلام قوله خلاف بالواو لماسبق *

﴿ فرع ﴾ جار مجرى المثال لما ذكرناه ادعى مدع على ورثة ميت داراً من تركته وزعم أن الميت غصبها منه واقروا به جاز لهم مصالحته فان دفعوا الى واحد منهم ثوبا مشتركا بينهم ليصالح عليه جاز وكان عاقدا لنفسه ووكيلا عن الباقين ولو قالوا لواحد صالحه عنا على ثوبك فصالح عنهم فان لم يسمهم فى الصلح فالصلح يقع عنه وان سماهم فوجهان فى أن التسمية هل تلغى ان لم تلغ فالصلح يقع عنهم والثوب هبة منهم أو قرض عليهم فيه وجهان وان صالحه أحدهم على مال دون اذن الباقين ليملك جميع الدار جاز وان صالح لتكون الدار له ولهم جميعا لغى ذكرهم وعاد الوجهان في أن الكل يقع له أو يبطل فى نصيبهم ويخرج فى نصيبه على الخلاف فى التفريق والله أعلم *

قال ﴿ واذا أسلم الكافر على عشر نسوة ومات قبل التعيين صح اصطلاحهن فى قسمة الميراث مع التفاوت فى المقدار وكان مسامحة وصح مع الجهل للضرورة ولا يصح الصلح على غير التركة لانه معاوضة من غير ثبت فى استحقاق المعوض ﴾ *

إذا أسلم الكافر على اكثر من أربع نسوة يختار أربعا منهن على ماسيأتى فى موضعه إن شاء الله تعالى فان مات قبل الاختيار والتعيين يوقف الميراث بينهن فان اصطلحن على الاقسام على تفاوت أو تساو ممكن منه *واحتج مجوزوا الصلح على الانكار بهذه المسألة لان كل واحدة منهن تنكر نكاح من سواها وسوى ثلاث معها فالصلح الجارى بينهن صلح على الانكار قال الاصحاب هن بين أمرين إن اعترفن بشمول الاشكال فليست واحدة منهن بمنكرة لغيرها ولا مدعية لنفسها فى الحقيقة وانما تصح القسمة والحالة هذه مع الجهل بالاستحقاق للضرورة وتعذر التوقف لا

خرز مغلقة بذهب فابتاعها رجل بسبعة دنانير أو تسعة دنانير فقال عليه السلام لا حتى تميز بينه وبينه قال انما أردت الحجارة فقال لا حتى تميز بينهما» ولان الصفقة إذا جمعت شيئين مختلفي القيمة انقسم الثمن عليهما والدليل عليه أنه إذا باع سيفاً وشقصاً بالف قوم السيف والشقص وقسم الالف عليهما على قدر قيمتهما وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن على قدر قيمته وأمسك المشترى السيف بحصته من الثمن على قدر قيمته واذا قسم الثمن على قدر القيمة أدى إلى الربا لانه اذا باع ديناراً صحيحا قيمته عشرون درهما ودينارا قراضة قيمته عشرة بدينارين وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما صارت القراضة مبيعة بثلث الدينارين والصحيح بالثلثين وذلك ربا ﴾*

﴿ الشرح ﴾ حديث فضالة رواه أبو داود بسند صحيح وهو أيضاً بغير هذا اللفظ فى صحيح مسلم وسنن أبي داود والترمذى والنسائي وقال الترمذى حديث حسن صحيح ونسبه ابن معن شارح

الى نهاية وان زعمت كل واحدة منهن الوقوف على اختيار الزوج إياها فكل من أخذت شيئا تقول الذى أخذته بعض حقى وسامحت الباقيات بالباقى وتبرعت والمالك غير ممنوع من التبرع وقد ذكرنا فيما اذا ادعى على غيره عينا فانكر ثم تصالحا على حطيطة من قبل وجهين فمن صححه احتج بهذه المسألة وقال إن الاقتسام الجاري بينهن صلح على الحطيطة ومن لم يصححه فرق بان المال فى يد المدعى عليه وفصل الامر ممكن بتحليفه وههنا استوت الاقدام ولا طريق الى فصل الامر سوى اصطلاحهن ولو اصطلحن على أن تأخذ ثلاث أو أربع منهن المال الموقوف ويبذلن للباقيات عوضاً من خالص مالهن لم يجز لان الصلح هكذا بذل عوض مملوك فى مقابلة مالم يثبت ملكه ومن أخذ عوضا فى معاوضة لابد وأن يكون مستحقا للمعوض فاذا لم يكن الاستحقاق معلوما لم يجز أخذ العوض عليه ولا يخفى عليك مما أجريته فى المسألة السبب الداعى الى ايرادها فى هذا الموضع * واعلم أن جميع ماذكرناه مبنيّ على وقف الميراث لهن وفيه كلام آخر مذكور فى نكاح المشركات وفي نظائر المسألة ماذا طلق إحدى امرأتيه ومات قبل البيان وقفنا لهما الربع أو الثمن واصطلحتا وماذا ادعى اثنان وديعة فى يد الغير وقال المودع لا أدرى انه لايكما وماذا تداعيا دارا فى يدهما وأقام كل واحد منهما بينة ثم اصطلحا أو فى يد ثالث وقلنا لاتتساقط البينتان بالتعارض فاصطلحا *

قال ﴿ الفصل الثانى فى التزاحم على الحقوق فى الطرق والحيطان والسقوف ﴿ أما ﴾ الطرق فالشوارع على الاباحة كالموات الا فيما يمنع الطروق فلكل واحد (ح) أن يتصرف فى هوائه بما لايضر بالمارة ولا يمنع الجمل مع الكنيسة وكذلك يفتح اليه الابواب والاظهر (و) جواز غرس شجرة و بناء دكة اذا لم يضيق الطريق أيضاً ﴾ *

المهذب إلى مسلم وأبي داود والترمذى والنسائى اعتباراً باصل الحديث على اصطلاح المخرجين من المحدثين وليس بجيد والصواب ماحررته ورواية الصحابي فضالة بفتح ـ الفاء ـ والضاد ـ المعجمة ابن عبيد مصغراً ابن نافذ ـ بالفاء والذال المعجمة ـ ابن قيس بن صهيب بن الاضرم من جحجبا ـ بجيمين مفتوحتين بينهما حاء مهملة ساكنة وبعدهن باء موحدة ـ ابن كلفة بضم الكاف واسكان اللام ـ ابن عوف بن عمرو بن عوف مالك بن الاوس الانصارى الاوسي العمرى ـ بفتح العين ـ وسكون الميم ـ أبو محمد

غرض الفصل الكلام فى المزاحمات والتصرفات الواقعة فى المشتركات إما اشتراك عموم كالطرق أو خصوص كالجدران والسقوف (أما) الطريق فينقسم الى نافذ وغيره (القسم الاول) النافذ وهو الذى أراده بالتنازع فالناس كلهم يستحقون المرور فيه وليس لاحد أن يتصرف فيها بما يبطل المرور لا أن يشرع جناحا أو يتخذ على جدرانه ساباطا يضر بالمارة وان لم يضر فلا يمنع منه و به قال مالك وقال ابو حنيفه لا اعتبار بالضرر وعدمه ولكن ان خاصمه إنسان فيه نزع وان لم يضر والا ترك وقال أحمد لايجوز اشراع الجناح بحال الا إذا أذن فيه الامام * لنا اتفاق الناس على اشراع الاجنحة فى جميع الاعصار من غير انكار وأيضا «فان النبى ﷺ نصب بيده ميزابا في دار العباس رضى الله عنه» (١) فنقيس الجناح عليه ونرجع فى الضرر وعدمه الى حال الطريق فان كان ضيقا لا يمر فيه الفرسان والقوافل فينبغى أن يكون مرتفعا بحيث يمر المار تحته منتصبا وان كانوا يمرون فيه فليته الارتفاع الى حد يمر تحته الراكب منتصبا بل المحمل مع الكنيسة على رأسه على البعير لانه وان كان نادرا فقد يتفق ولا تشترط الزيادة عليه على الصحيح وقال أبو عبيد بن حربويه يشترط أن يكون بحيث يمر الراكب منصوب الرمح وضعفه النقلة بالاتفاق وقالوا وضع أطراف الرماح على الاكتاف ليس بعسير * ويجوز لكل أحد أن يفتح الى الشارع من ملكه الابواب كيف شاء (وأما) نصب الدكة وغرس الشجرة فان تضيق الطريق به وضر بالمارة فهو ممنوع منه و إلا فوجهان (أحدهما) الجواز كالجناح الذى لايضر بهم (والثانى) المنع لان المكان المشغول بالبناء والشجر لايتأتى فيه الطروق وقد تزدحم المارة و يعسر عليهم

(١) كذا بالاصل فحرر

(١) ﴿ حديث ﴾ انه ﷺ نصب بيده ميزابا في دار العباس أحمد من حديث عبيد الله بن عباس قال كان للعباس ميزاب على طريق عمر فلبس ثيابه يوم الجمعة فاصابه منه ماء بدم فامر بقلعه فاتاه العباس فقال والله انه الموضع الذى وضعه رسول الله ﷺ وذكر ابن أبى حاتم انه سال أباه عنه فقال هو خطأ ورواه البيهقى من أوجه أخر ضعيفة أو منقطعة ولفظ أحدها والله ماوضعه حيث كان الا رسول الله ﷺ بيده وأورده الحاكم فى المستدرك وفى اسناده عبد الرحمن بن زيد بن اسلم وهو ضعيف وسيأتى فى الديات ان شاء الله *

وأمه عفرة ـ بفتح العين ـ ابنة محمد بن عقبة بن أحيحة بن الجلاج بن الحريس بن جحجبا المذكور شهد فضالة أحداً والخندق وما بعدها من المشاهد مع رسول الله ﷺ وبايع تحت الشجرة وتولى القضاء بدمشق لما مات أبو الدرداء بوصية ابى الدرداء لمعاوية ومات بها فى خلافة معاوية وله عقب كانت وفاته سنة ثلاث وخمسين على الاصح قاله ابن أبي خيثمة عن المدايني ورأيت فى معجم الصحابة للبغوى انه سكن مصر ومات بها مع ذكره لما تقدم وكان ذلك وهم من كاتب والله أعلم * وروى عنه هذا الحديث حنش ابن عبد الله الصنعانى وعلى بن رباح اللخمى وفى طبقته حنش الراوى

المراقبة فيصطكون بها وأيضا فانه إذا طالت المدة أشبه مكان البناء والغراس الاملاك وانقطع أثر استحقاق الطروق فيه بخلاف الاجنحة ويحكى الوجه الاول عن اختيار القاضى وهو أظهر عند المصنف ولم يورد فى التهذيب سواه لكن أصحابنا العراقيون والشيخ أبا محمد أجابوا بالثانى واليه مال الامام وهو أقوى في المعنى ولا يجوز أن يصالح عن اشراع الجناح على شيء أما اذا صالحه الامام فلأن الهواء لا يفرد بالعقد وانما يتبع القرار كالحمل مع الام وأيضا فلانه إن كان مضرا فما يمنع الضرر لا يجوز بالعوض كالبناء الرفيع فى الطريق وان لم يكن مضرا فهو جائز وما يستحقه الانسان فى الطريق لا يجوز أن يؤخذ منه عوض كالمرور وأما اذا صالحه واحد من الرعية فللمعنى الاول وأيضا فلانه ليس بالمستحق ولا هو نائب المستحقين * ولو أشرع جناحا لا ضرر فيه ثم انهدم أو هدمه فاشرع آخر فى محاذاته جناحا لا يمكن معه اعادة الاول جاز كما لو قعد فى طريق واسع ثم انتقل عنه يجوز لغيره الارتفاق به هكذا قالوه ولك أن تقول المرتفق بالقعود للمعاملة لا يبطل حقه بمجرد الزوال عن ذلك الموضع وانما يبطل بالسفر والاعراض عن الحرفة كما سيأتى فى إحياء الموات فقياسه أن لا يبطل حقه بمجرد الانهدام والهدم بل يعتبر اعراضه عن ذلك الجناح ورغبته عن اعادته * أما لفظ الكتاب فقوله والشوارع على الاباحة كالموات معناه أنها منفكة عن الملك والاختصاص كالموات والأصل فيها الاباحة وجواز الانتفاع الا فيما يقدح فى مقصودها وهو الطروق ويستوي فى الحكم الجواد الممتدة فى الصحارى والبلاد قال الامام وصيرورة الموضع شارعا له طريقان (أحدهما) أن يجعل الانسان ملكه شارعاً وسبيلا مسبلا (والثانى) أن يحيي جماعة خطة قرية أو بلدة ويتركوا مسالكاً نافذاً بين الدور والمساكن ويفتحوا إليه الابواب ثم حكى عن شيخه ما يقتضى طريقاً ثالثاً وهو أن يصير موضع من الموات جادة ميتاً يطرقها الرفاق فلا يجوز تغييره وانه كان يتردد فى بيان الطريق التي يعرفها الخواص ويسلكونها وكل موات يجوز استطراقه ولكن لا يمنع من احيائه وصرف المر عنه فليس له حكم الشوارع (وقوله) فما لا يضر بالمارة لك فيه مباحثة وهى أن هذه اللفظة ولفظ عامة الأصحاب تقتضى المنع من كل ما يضر بالمرور ثم الاكثرون فى الفرق بين المضر

عن عكرمة عن ابن عباس روي عنه سليمان التيمي وخالد الواسطي في حديثه ضعف اسمه حسين ابن قيس وحنش بن المعتمر الكوفي الراوي عن علي بن أبي طالب وحنش بن الحارث بن لقيط النخعي الكوفي يروي عنه أبو نعيم وغيره وروى هذا الحديث عن خالد بن أبي عمران عن حنش الصنعاني المذكور أبو شجاع هذا وسعيد بن يزيد أبو سلمة بصري ثقة روى عنه شعبة وسعيد ابن يزيد مصري روى يزيد بن أبي حبيب عن أبي الخير عنه حديثه مرسلا وقد روى هذا الحديث بالفاظ مختلفة (منها) اللفظ الذي في الكتاب رواه أبو داود (ومنها) عن فضالة قال «اشتريت

وغير المضر لم يتعرضوا الا للانخفاض والارتفاع ومعلوم أن جهة الاضرار لا تنحصر في الارتفاع والانخفاض بل منع الضياء واظلام الموضع يضر بالمرور أيضاً فهل هو مؤثر أم لا والجواب أن طائفة من الأئمة منهم ابن الصباغ ذكروا أنه غير مؤثر لكن قضية المعني وظاهر لفظ الشافعي رضي الله عنه وأكثر الاصحاب تأثيره وقد نص عليه منصور التميمي في المستعمل حيث قال ووجه اضراره يعني بالجناح شدة تطامنه أو منعه الضياء وفي التتمة أنه ان انقطع الضوء بالكلية أثر وإن انتقص فلا مبالاة به (وقوله) ولا يمنع المحمل مع الكنيسة في بعض النسخ الجمل مع الكنيسة وهو صحيح أيضاً أي مع الكنيسة فوق المحمل المحمول على الجمل *

قال ﴿ والسكة المنسدة الاسفل عند العراقيين كالشوارع وعند المراوزة هي ملك مشترك بين سكان السكة وشركة كل ساكن هل ينحط من باب داره الى أسفل السكة فيه تردد ولا يجوز اشراع الجناح وفتح باب جديد الا برضاهم ورضاهم اعارة يجوز الرجوع عنه ولو فتح باب دار أخرى في داره التي هي في سكة منسدة الاسفل أو فتح من تلك الدار باباً ثانياً في السكة فوق الباب الأول تردد لانه يكاد يكون زيادة على الانتفاع المستحق وأما فتح السكوفة فلا منع منه ﴾ *

القسم الثاني غير النافذ كالسكة المنسدة الاسفل ونتكلم فيها في ثلاثة أمور (أولها) اشراع الجناح ولا خلاف في أن اشراع الجناح اليها غير جائز لغير أهل السكة وفيهم وجهان قال الشيخ أبو حامد ومن تابعه لكل منهم الاشراع اذا لم يضر بالباقين لان كلا منهم له الارتفاق بقرارها فيكن له الارتفاق بهوائها كالشارع وعلى هذا فلو كان مضرا ورضي أهل السكة جاز لان الحق لهم بخلاف مثله في الشارع فان رضي جميع المسلمين متعذرا لتحصيل وذكر الاكثرون منهم القاضي ابو حامد وأبو الطيب الطبري انه لا يجوز الا برضاهم تضرروا أم لا لان السكة مخصوصة بهم فلا يتصرف فيها دون رضاهم وهذا كما أنه لا يجوز اشراع الجناح الى دار الغير بغير رضاه وان لم يتضرر و يحكى هذا عن أبي حنيفة وعلى الوجهين لا يجوز لهم أن يصالحوه على شيء لما مر أن الهواء تابع فلا يفرد بالمال صلحا كما لا يفرد به بيعا وكذا الحكم في صلح مالك صاحب الدار عن الجناح المشروع اليها ونعني باهل السكة كل من له باب نافذ اليها دون من يلاصق جداره

يوم خيبر قلادة ثمنها اثنا عشر دينارا فيها ذهب وخرز ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثنى عشر دينارا فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال لا تباع حتى تفصل » لفظ مسلم وأبى داود فى أحد طريقيه والترمذى وقال حديث حسن صحيح ولفظ النسائى مثله الا أنه لم يعين الثمن (ومنها) عن فضالة قال « أتى رسول الله ﷺ وهو بخيبر بقلائد فيها خرز وذهب وهى من الغنائم تباع فامر رسول الله ﷺ بالذهب الذى فى القلادة فنزع ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزناً بوزن » رواه مسلم أيضاً (ومنها) عن حنش قال « كنا مع فضالة بن عبيد فى غزوة فطارت لى ولأصحابى قلادة فيها ذهب وورق وجوهر فاردت أن أشتريها فسألت فضالة بن عبيد فقال انزع ذهبها فاجعله فى كفة واجعل ذهبك فى كفة ثم لا تأخذن إلا مثلا بمثل فانى سمعت رسول الله ﷺ يقول من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يأخذن إلا مثلا بمثل » رواه مسلم أيضاً (ومنها) عن فضالة قال أصبت يوم خيبر قلادة فيها ذهب

السكة من غير نفوذ باب وهل الاستحقاق فى جميعها لجميعهم أو شركة كل واحد مختص بما بين رأس السكة وباب داره ولا يتخطى عنه فيه وجهان (أظهرهما) وهو الذي أورده القاضى ابن كج اختصاص كل واحد منهما بما بين رأس السكة وباب داره لان ذلك القدر هو محل تردده ومروره وما عداه فحكمه فيه حكم غير أهل السكة ووجه (الثاني) أنهم ربما احتاجوا الى التردد والارتفاق بجميع الصحن لطرح الاثقال عند الاخراج والادخال وهذا الخلاف يظهر تأثيره على الصحيح فى منع اشراع الجناح الا برضاهم فعلي القول باشتراك الكل فى الكل يجوز لكل واحد من أهل السكة المنع وعلى الوجه الآخر انما يجوز المنع لمن يوضع الجناح بين بابه ورأس السكة دون من بابه بين موضع الجناح ورأس السكة ويظهر تأثيره على قول الشيخ أبى حامد أيضا فى أن الذى يستحق المنع اذا كان الجناح مضرا من هو لكنهم لم يذكروه * ولو اجتمع المستحقون فسدوا باب السكة فجواب المعظم لا منع لانهم يتصرفون في ملكهم وقال أبو الحسن العبادى يحتمل أن يقال يمنعون لان أهل الشارع يفزعون اليها اذا عرضت زحمة ولا شك فى أنه لو امتنع بعضهم لم يكن للباقين السد ولو سدوا متوافقين لم يستقل بعضهم بالفتح ولو اتفقوا علي قسمة صحن السكة بينهم جاز ولو أراد أهل رأس السكة قسم رأس السكة بينهم منعوا لحق من يليهم ولو أراد أهل الاسفل قسمة الاسفل فوجهان بناء على أن أهل الرأس هل يشاركونهم فى الاسفل ثم ماذكرنا من سد الباب وقسمة الصحن مفروض فيما اذا لم يكن فى السكة مسجد فان كان فيها مسجد قديم أو حديث فالمسلمون كلهم يستحقون الطروق اليه فلا يمنعون منه استدركه القاضى ابن كج وعلى قياسه لا يجوز الأشراع عند الضرر وإن رضى أهل السكة لحق سائر الناس (وثانيها) فتح الباب وليس لمن لا باب له فى السكة احداث باب إلا برضاء أهل السكة كلهم لتضررهم اما

وخرز فأردت بيعها فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال أفصل بعضها من بعض ثم بعها » رواه النسائي من حديث الليث بن خالد بن أبي عمران عن حنش ولم يذكر أبا شجاع وخالد والله أعلم والروايات كلها ترجع الى حنش قال البيهقي في كتاب السنن الكبير سياق هذه الاحاديث مع عدالة رواتها تدل على أنها كانت بيوعا شهدها فضالة كلها والنبي ﷺ ينهى عنها فاداها كلها وحنش الصنعاني أداها منفرقا وقال في كتاب المعرفة بعد أن ذكر الرواية التي ذكرها المصنف ثم ذكر القصة الاخرى التي ذكرناها عن مسلم ثم حكم بأنها قصة أخرى قال لأن في هذه الرواية أنه بنفسه اشتراها وفي تلك أن رجلا ابتاعها واختلفا أيضاً في قدر الدنانير غير أنهما اتفقا في النهي حتى يفصل وفي ذلك دلالة على أن المنع من البيع لأجل الجمع بينهما في صفقة واحدة وهذا الذي قاله البيهقي متعين فأن أسانيد الطرق كلها صحاح ولا منافاة بينها فالجمع بينها بذلك أولى من الحكم على بعضها بالغلط وأيضاً كلها متفقة على النهي عن البيع حتى يفصل كما أشار اليه البيهقي وهو موضع الاستدلال وقد رام الطحاوي دفعها بما حصل فيها من الاختلاف قال وقد اضطرب علينا حديث فضالة الذي ذكرنا فرواه قوم على ماذكرنا في أول (١) ورواه آخرون على غير ذلك فقد يجوز أن يكون رسول الله ﷺ فصل الذهب لأن صلاح المسلمين كان في ذلك ففعل ما فيه صلاحهم لا لأن بيع الذهب قبل أن ينزع مع غيره في صفقة واحدة غير جائز وهذا خلاف ما روى من روى أن رسول الله ﷺ قال « لا يباع حتى يفصل » ثم قال فقد اضطرب

(١) بياض بالاصل فحرر

بمرور الفاتح عليهم أو بمرورهم على الفاتح فلو قال افتح إليها بابا للاستضاءة دون الاستطراق أو قال افتحه واسمره فوجهان (أصحهما) عند أبي القاسم الكرخي أنه يمكن منه لأنه لو رفع جميع الجدار لتمكن منه فلأن يمكن من رفع بعضه كان أولى (والثاني) لا يمكن لأن الباب يشعر بثبوت حق الاستطراق فعساه يستدل به على الاستحقاق ولو كان له فيها باب وأراد أن يفتح غيره نظر ان كان مايفتحه أبعد من رأس السكة فلمن الباب المفتوح بين رأس السكة وداره المنع وفيمن داره بين الباب ورأس السكة وجهان بناء على كيفية الشركة لما مر في الجناح وان كان مايفتحه أقرب الى رأس السكة فان سد الاول وجعل مكانه الباب المفتوح فلا منع لانه ينقص حقه وان لم يسد فعلى ماذكرنا فيما اذا كان المفتوح أبعد من رأس السكة لان الباب الثاني اذا انضم الى الاول أورث زيادة زحمة الناس وروث الدواب في السكة فيتضررون به وفي النهاية طرد طريقة أخرى جازمة بانه لامنع للذين يقع الباب المفتوح بين دراهم ورأس السكة لان الفاتح لايمر عليهم وهذا ينبغي أن يطرد فيما إذا كان المفتوح أبعد من رأس السكة وتحويل الميزاب من موضع إلى موضع كفتح باب وسد باب * ولو كانت له داران تنفذ احداهما الى الشارع وباب الاخرى الى سكة منسدة فاراد فتح باب من

علينا هذا الحديث فلم يوقف على ماأريد منه فليس لأحد أن يحتج بمعنى من المعانى التى روي عليها إلا إن احتج مخالفه عليه بالمعنى الآخر (قلت) وليس ذلك باضطراب قادح ولا ترد الاحاديث الصحيحة بمثل هذه الأحتمالات (وقوله) ﷺ «لا يباع حتى يفصل» صريح لا يحتمل التأويل وكون فضالة أفتى به فى غير طريقه غير مرفوع الى النبي ﷺ لا ينفى سماعه له فقد يسمع الراوى شيئا ثم يتفق له مثل تلك الواقعة فيفتى بمثله والله أعلم (وقوله) معاقة بذهب ضبطه ابن النويك بعين مهملة مفتوحة وقاف ابن معن يروى بالقاف ويروى مغلفة بالغين المعجمة والفاء... وهذا الحديث معتمد

أحديهما الى الأخرى هل لاهل السكة منعه فيه وجهان (أظهرهما) لا لان المرور مستحق له فى السكة ورفع الحائل بين الدارين يصرف مصارف الملاك فلا يمنع (والثانى) نعم لانه يثبت للدار الملاصقة للشارع ممرا فى السكة ويزيد فى مستحقها من الانتفاع ولو كان باب كل واحد من الدارين فى سكة غير نافذة وأراد فتح الباب من إحداهما إلى الأخرى جرى الوجهان فى ثبوت المنع لاهل السكتين هكذا نقل الامام * واعلم أن موضع الوجهين ما إذا سد باب إحدى الدارين وفتح الباب بينهما لغرض الاستطراق أما اذا قصد اتساع ملكه ونحوه فلا منع وحيث منعنا من فتح الباب الى السكة المنسدة فصالحه على مال جاز بخلاف الصلح على اشراع الجناح لأنه بذل مال فى مقابلة الهواء المجرد ثم قال فى التتمة إن قدروا مدة فهو إجارة وإن أطلقوا أو شرطوا التأبيد فهو بيع جزء شائع من السكة وتنزيله منزلة أحدهم وهو كما لو صالح غيره عن إجراء نهر فى أرضه على مال يكون ذلك تمليكا لانهر ولو أراد فتح باب من داره فى دار غيره فصالحه عنه مالك الدار علي مال يصح ويكون ذلك كالصلح عن إجراء الماء على السطح ولا يملك شيئا من الدار والسطح لان السكة لا تراد الا للاستطراق فاثبات الاستطراق فيها يكون نقلا للملك والدار والسطح ليس القصد منه الاستطرق وإجراء الماء والله أعلم * (وثالثها) فتح المنافذ والكوات للاستضاءة لامنع منه بحال لمصادفة الملك بل له أن يرفع جداره ويجعل مكانه شباكا * ولنعد الى لفظ الكتاب (قوله) والسكة المنسدة الاسفل عند العراقيين كالشوارع إلى آخره يقتضي الحاق العراقيين لها بالشوارع فى الانفكاك عن الملك وجواز إشراع الجناح وذهب المراوزة الى أنها ملك السكان وليس الامر على الظاهر فان أئمتنا العراقيين لم يلحقوها بالشارع من كل وجه وكيف وطرقهم ناصة على اختصاصها بالسكان وأنها ملكهم وعلى أنه يجوز اشراع الجناح المضر اليها باذن السكان والحكم في الشارع بخلافهم فاذن هو محمول على تجويزهم اشراع الجناح الذى لا يضر اليها من غير اعتبار الرضا والمراوزة يمنعون منه ومع هذا التأويل فليس العراقيون مطبقين على تجويزه بل هم منقسمون الى مجوز ومانع ألا ترى أن القاضى أبا الطيب منعه وهو عراقى (وقوله) لا يجوز اشراع

أصحابنا منجهة للأثر فى القاعدة المترجمة بمد عجوة وقد تقدم من تفسير ابن وهب ومن واقعة السقاية التى باعها معاوية وأنكرها عبادة أنها القلادة وخالفهم غيرهم والله أعلم *ونقل البيهقى فى كتاب المعرفة أن الشافعي رضى الله عنه قال فى القديم وفى أمر رسول الله ﷺ عامله على خيبر أن يبيع الجميع بالدراهم ثم يشترى بالدراهم جساما دل والله أعلم على أن لايباع صاع تمر ردىء فيجمع مع صاع تمر فائق ثم يشترى بهما صاعا تمر وسط ثم بسط الكلام فى بيان ذلك إلى أن قال ولو كان يجوز أن يجمع الردىء مع الجيد للغاية أمره فيما يرى والله أعلم أن يضم الردىء إلى الجيد ثم يشترى به وسطاً وكان

الجناح وفتح باب جديد الا برضاهم أى برضا من أثبتنا له الشركة فى السكة وقصد بهذا الكلام التفريع على الرأى الذى نسبه الى المراوزة علي مايينه فى الوسيط لكن لايخلو إما أن يكون المراد فتح باب من الدار التى لها باب فى هذه السكة أو الفتح من الدار التى لهـا فى السكة باب قديم إن كان الثانى فقد ذكره من بعد حيث قال أو فتح من تلك الدار بابا ثانيا فى السكة وان كان الاول فالعراقيون لايخالفون فيه حتي يجعل ذلك تفريعا على أحد الوجهين وكذا إشراع الجناح انما يجوز دونه لمن له حق الطروق فى السكة لا لغيره (وقوله) ورضاهم اعارة يجوز الرجوع فيه أراد به ماذكره الامام لانه لو فتح من لا باب له فى السكة بابا برضا أهلها كان لاهلهاالرجوع مهما شاءوا ولا يلزمون بالرجوع شيئا بخلاف مالو أعار الارض للبناء ثم رجع فانه لايقلع البناء مجانا وهذا لم أجده لغيره والقياس أن لافرق والله أعلم (وقوله) فوق الباب الاول أراد ممايلى رأس السكة على ماذكره فى الوسيط وموضع الخلاف فيه ما اذا لم ينسد الباب القديم ويمكن حمله على ماذا كان فوقه مما يلى آخر السكة على مامر *

﴿ فرع ﴾ قال القاضى الرويانى فى التجربة اذا كان بين داريه طريق نافذ يحفر تحته سردابا من أحدهما إلى الأخرى وأحكم الارج لم يمنع قال وبمثله أجاب الاصحاب فيما اذا لم يكن نافذا لان لكل واحد دخول هذا الزقاق كطروق الدرب النافذ وغلط من قال بخلافه واعتذر الامام عن جواز دخولها بأنه من قبيل الاباحات المستفادة من قرائن الأحوال *

قال ﴿ أما الجدار إن كان ملك أحدهما فلا يتصرف الآخر فيه الا بأمره فان استعاره لوضع جذعه لا يلزمه (م) الاجابة فى القول الجديد فان رضى فمهما رجع كان له النقض بشرط أن يغرم النقص وقيل فائدة الرجوع المطالبة بالأجرة للمستقبل ﴾ *

الجدار بين الملكين قد يختص باحد المالكين وقد يملكه المالكان على الاشتراك (القسم الأول) الجدار المخصوص بأحد المالكين هل للآخر وضع الجذوع عليه من إذن مالكه فيه

ذلك موجودا انتهى ما نقله البيهقي من ذلك وقد رأيت ما نسبه البيهقي الى القديم فى الأملاء وسأنقله فى آخر نصوص الشافعى ان شاء الله تعالى وقد اتفقت نصوص الشافعي على منع هذه المعاملة قال فى بيع الآجال من الأم واذا بعت شيئاً من المأكول أو المشروب أو الذهب أو الورق بشيء من صنفه فلا يصلح الا مثلا بمثل وان يكون ما بعت منه صنفاً واحداً جيداً أورديئاً ويكون ما اشتريت صنفاً واحداً ولا يبالى أن يكون أجود أو أردأ مما اشتريته به ولا خير فى أن تأخذ خمسين دينار أمروانية وخمسين حدنا[1] بمائة هاشمية ولا بمائة غيرها وكذلك لا خير فى أن

قولان (القديم) و به قال مالك وأحمد نعم يجبر عليه لو امتنع لما روى عن أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال « لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبه علي جداره قال فنكس القوم رؤسهم فقال أبو هريرة رضى الله عنه أراكم عنها معرضين والله لأرمينها بين أكتافكم »(١) أي لأضعن هذه السنة بين أظهركم (والجديد) و به قال أبو حنيفة انه ليس له ذلك ولا يجبر المالك لو امتنع لأنه انتفاع بملك الغير فاشبه البناء فى أرضه والحمل على بهيمته والحديث يحمل على الاستحباب لما روى انه ﷺ قال «لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه» (٢) ﴿التفريع﴾ الاجبار على القديم مشروط بشروط (أحداها) أن لا يحتاج مالك الجدار الى وضع الجذوع عليه (الثانى) أن لا يزيد الجار فى

[1] (١) كذا بالاصل فحرر

---

(١) ﴿ حديث ﴾ أبى هريرة لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبه علي جداره قال فنكس القوم فقال أبو هريرة مالى أراكم عنها معرضين والله لارمينها بين اكتافكم ، أى لارمين هذه السنة بين أظهركم * متفق عليه ورواه الشافعى من ذلك الوجه ورواه أبوداود والترمذى وابن ماجه قال الترمذي حسن صحيح وفي الباب عن ابن عباس ومجمع بن جارية (قلت) وهما فى ابن ماجه ﴿ تنبيه ﴾ قال عبد الغنى بن سعيد كل الناس يقوله خشبه بالجمع الا الطحاوى فانه يقول بلفظ الواحد ﴿ قلت ﴾ لم يتفرد الطحاوي الا ناقلا عن غيره قال سمعت يونس بن عبد الاعلي يقول سألت ابن وهب عنه فقال سمعت من جماعة خشبة على لفظ الواحد قال وسمعت روح ابن الفرج يقول سألت أبازيد والحارث بن مسكين ويونس بن عبدالاعلى عنه فقالوا خشبة بالنصب والتنوين واحدة ورواية مجمع تشهد لمن رواه بلفظ الجمع ولفظه «أن أخوين من بنى المغيرة القيا مجمع بن جارية الانصارى ورجالا كثيرا فقالوا نشهد أن رسول الله ﷺ قال لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبا فى جداره» وكذلك رواية ابن عباس وقد أخرجها البيهقي من طريق شريك عن سماك عن عكرمة عنه بلفظ اذا سأل أحدكم جاره أن يدعم جذوعه علي حائطه فلا يمنعه *

(٢) ﴿ حديث ﴾ لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه * الحاكم من حديث عكرمة عن ابن عباس لا يحل لامرأ من مال أخيه الا ما اعطاه بطيب نفس منه ذكره فى حديث طويل ورواه الدارقطني من طريق مقسم عن ابن عباس نحوه فى حديث وفى اسناده العرزمى وهو ضعيف ورواه ابن حبان فى صحيحه والبيهقي من حديث أبي حميد الساعدى بلفظ « لا يحل

وتأخذ صاع بردي وصاع لون بصاعي صحاني وانما كرهت هذا من قبل أن الصفقة اذا جمعت شيئين مختلفين فكل واحد منهما مبيع بحصته من الثمن فيكون تمر صاع البردي بثلاثة أرباع صاعي الصحاني وذلك صاع ونصف وصاع اللون بربع صاعي الصحاني وذلك نصف صاع صحاني فيكون هذا التمر بالتمر متفاضلا وهكذا هذا في الذهب والورق وكل ما كان فيه الربا في التفاضل في بعضه على بعض وقال في باب الصرف من الأم واذا كانت الفضة مقرونة بغيرها خاتما فيه فص أو فضة أو حلية السيف أو مصحف أو سكين فلا يشتري بشيء من الفضة قل أو كثر بحال لأنها حينئذ فضة بفضة مجهولة القيمة والوزن وهكذا الذهب ولكن اذا كانت الفضة مع سيف اشتري بذهب وان كان فيه ذهب اشتري بفضة وان كان فيه ذهب وفضة لم يشتر بذهب ولا فضة واشترى

ارتفاعه الجدار ولا يبني عليه أزجاً ولا يضع عليه ما لا يحتمله الجدار أو يضر به (والثالث) أن لا يملك شيئا من جدران البقعة التي يريد تسقيفها أو لا يملك الا جداراً واحداً فان ملك جدارين فليسقف عليها وليس له اجبار صاحب الجدار وصاحب النهاية لم يعتبر هذا الشرط هكذا ولكن قال الشرط أن تكون الجوانب الثلاثة من البيت لصاحب البيت وهو يحتاج الى جانب رابع (فاما) إذا كان الكل للغير فانه لا يضع الجذوع عليها قولا واحداً ثم نقل عن بعض الأصحاب انه لم يعتبر هذا الشرط هكذا واعتبر في التتمة مثل ما ذكره الامام وحكى الوجهين فيما اذا لم يملك الا جانبا أو جانبين أيضا والمشهور ما تقدم (و إن قلنا) بالجديد فلا بد من رضا المالك واذا رضي فاما أن يرضى من غير عوض أو بعوض إن رضي بغير عوض فهو إعارة يمكن من الرجوع عنها قبل وضع الجذوع والبناء عليه وبعده وجهان (أصحهما) أن له الرجوع أيضا كما في سائر العواري واذا رجع فلا كلام

لامرء أن يأخذ عصى أخيه بغير طيب نفس منه وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم» وهو من رواية سهيل بن أبي صالح عن عبد الرحمن بن ابي سعيد عن ابي حميد وقيل عن عبد الرحمن عن عمارة بن حارثة عن عمرو بن يثربي رواه احمد والبيهقي وقوى ابن المديني رواية سهيل وفي الباب عن ابن عمر بلفظ «لا يحلبن احد ماشية احد بغير اذنه» الحديث متفق عليه وعن عبدالله بن مسعود رفعه «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه» اخرجه البزار من رواية عمرو بن عثمان عن أبي شهاب عن الأعمش عن ابي وائل عنه وقال تفرد به أبو شهاب وروى الدارقطني من حديث انس بلفظ المصنف وفيه الحارث بن محمد الفهري رواية عن يحيى بن سعيد الانصاري مجهول وله طريق اخرى عنده عن حميد عن انس والراوي عنه داود بن الزبرقان متروك الحديث ورواه احمد والدارقطني ايضا من حديث ابي حرة الرقاشي عن عمه وفيه علي بن زيد بن جدعان وفيه ضعف ورواه ابو داود والترمذي والبيهقي من حديث عبد الله بن السائب بن يزيد عن ابيه عن جده بلفظ «لا يأخذ احدكم متاع أخيه لاعبا ولا جادا» الحديث قال احمد هو يزيد بن اخت نمر لا اعرف له غيره نقله الاثرم وقال البيهقي اسناده حسن وحديث ابي حميد اصح ما في الباب *

بالعروض قال الربيع وفيه قول آخر أنه لايجوز أن يشترى شيء فيه فضة مثل مصحف أو سيف وما أشبهه بذهب ولا ورق لأن فى هذه البيعة صرف وبيع لاندرى كم حصةِ البيع من حصة الصرف والله أعلم * وقال فى هذا الباب أيضاً واذا جمعت صفقة البيع شيئين مختلفى القيمة مثل تمر بردي وتمر عجوة بيعا معاً بصاعي تمر وصاع من هذا بدرهمين وصاع من هذا بعشرة دراهم وقيمة البردى خمسة أسداس الأثنى عشر وقيمة العجوة سدس الأثني عشر فالبردى بخمسة أسداس الأثني عشر والعجوة بسدس الأثني عشر وهكذا لو كان صاع البردى وصاع العجوة بصاعى لون كل واحد منهما بحصته من اللون

في انه لايمكن من القلع مجانا وفائدة رجوعه فيه وجهان مذ كوران فى الكتاب (أظهرهما) انه يخير بين أن يبقى بأجرة و بين أن يقلع ويضمن ارش النقصان كما لو أعاره أرضا للبناء قال فى التهذيب إلا أن فى اعارة الأرض له خصلة أخري وهى تملك البناء بالقيمة وليس لمالك الجدار ذلك لأن الأرض أصل فجاز أن يستتبع البناء والجدار تابع فلا يستتبع والذى رواه الامام عن حكاية القاضى انه ليس له الا الاجرة ولا يمكن من القلع أصلا لان ضرورة القلع تتداعى الى ماهو خالص مال المستعير لأن الجذوع اذا ارتفعت أطرافها من جدار لم تستمسك علي الجدار الثانى (والوجه الثانى) و به أجاب العراقيون انه ليس له الرجوع أصلا ولا يستفيد به القلع ولا طلب الأجرة للمستقبل لأن مثل هذه الاعارة إنما يراد بها التأبيد فاشبه ما إذا أعار لدفن ميت لايمكن من نبشه ولامن طلب الأجرة فعلى هذا لو رفع صاحب الجذوع الجذوع هل له إعادتها من غير اذن جديد فيه وجهان نقلهما الشيخ أبو حامد وأصحابه ولو سقطت بنفسها فكذلك والاصح المنع وكذا لو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة لان الأذن لايتناول الامرة واحدة وان بناه بغير تلك الآلة فلا خلاف فى أنه لايعيد إلا باذن جديد لأنه جدار آخر وان رضى بعوض فذلك قد يكون علي سبيل البيع وقد يكون علي سبيل الاجارة وسنتكلم فيهما من بعد * ولو صالحه على مال لم يجز ان فرعنا علي قول الاجبار لأن من ثبت له حق لايؤخذ منه عوض عليه وان فرعنا علي القول الآخر صح وليس ذلك كالصلح عن إشراع الجناح لانه صلح على الهواء المجرد *

قال ﴿ و إن كان مشترکا فلکل واحد منع صاحبه من الانتفاع دون رضاه فلو تراضيا علي القسمة طولا أو عرضاً جاز ولا يجبر على القسمة فى كل الطول ونصف العرض اذ يتعذر الانتفاع بوضع الجذوع وكذا فى نصف الطول (و) وكل العرض واذا جرت بالتراضى أقرع فى الصورة الاخيرة والاولى التخصيص لكل وجه بصاحبه فى الصورة الاولى حتى لاتقضى القرعة بخلافه ولا مانع (و) فى الاساس من الاجبار على قسمته ﴾ *

فكان البردى بخمسة اسداس صاعين والعجوة بسدس صاعين فلا يحل من قبل أن البردى با كثر من كيله والعجوة باقل من كيلها وهكذا ذهب بذهب كان مائة دينار مروانية وعشرة محدثة بمائة وعشرة هاشمية فلاخير فيه من قبل أن قيمة المروانية أكثر من قيمة المحدثة وهكذا الذهب بالذهب متفاضلا لأن العين الذى فى هذا فى الذهب بالذهب متفاضلة ولا بأس أن يراطل الدنانير الهاشمية التامة بالعتق الناقصة مثلا بمثل فى الوزن وان كان لهذه فضل وزنها وهذه فضل عيونها فلابأس بذلك اذا كان وزنا بوزن وقال في آخر باب المزابنة ولذلك لا يجوز أن يدخل فى الصفقة شيئا من

(القسم الثانى) الجدار المشترك والكلام فى ثلاثة أمور يشتمل الفصل على اثنين منها (الأول) الانتفاع به وليس لاحد الشريكين أن يتد فيه وتدا أو يفتح فيه كوة أو يترب الكتاب بترابه دون اذن الشريك كسائر الاملاك المشتركة لا يستقل أحد الشريكين بالانتفاع بها ويستثنى من الانتفاعات ضربان (أحدهما) لو أراد أحدهما أعني الشريكين وضع الجذوع عليه ففى اجبار الآخر الخلاف المذكور فى القسم الاول بطريق الاولى (والثانى) مالا يقع فيه المضايقة من الانتفاعات لكل واحد منهما الاستقلال به كالاستناد واسناد المتاع عليه يجوز مثله فى الجدار الخالص للجار وهو كالاستضاءة بسراج الغير والاستظلال بجدار الغير ولو منع أحدهما الآخر من الاستناد فهل يمتنع عن الاصحاب فيه ترددا لأنه عناد ومن الضرب الثانى ماإذا بنى فى ملكه جدارا متصلا للجدار المشترك بحيث لا يقع ثقله عليه (الثانى) قسمته اما في كل الطول ونصف العرض أوفى نصف الطول وكل العرض ولا يفهم من الطول ارتفاعه عن الارض فذلك سمك وانما طول الجدار امتداده من زاوية البيت الى الزاوية الأخرى مثلا والعرض البعد الثالث فاذا كان طوله عشرة أذرع والعرض ذراعا فقسمته فى كل الطول ونصف العرض هكذا ليكون لكل واحد نصف ذراع فى طول عشر وقسمته بالعكس أن يجعل هكذا ليصير لكل واحد خمسة اذرع فى عرض ذراع وأي واحد من النوعين تراضيا عليه جاز لكن كيف يقسم نقل بعض شارحى المختصر فيه وجهين (احدهما) انه يعلم بعلامة و يخط برسم (والثانى) انه يشق وينشر بالمناشير و ينطبق على هذا الثانى ماذكره العراقيون انهما لو طلبا من الحاكم القسمة بالنوع الأول لم يجبهما الى ذلك لأن شق الجدار فى الطول اتلاف له وتضييع ولكنهما يباشران القسمة بأنفسهما ان شاءا وهو كما لو هدماه واقتسما النقض وان طلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر نظر ان طلب النوع الاول من القسمة فظاهر المذهب انه لايجاب اليها وذكر الامام وطائفة أن له معنيين (أحدهما) انا لو اجبرنا لاقرعنا والقرعة ربما تغير الشق الذى يلى دار زيد لعمرو و بالعكس فلا يتمكن واحد منهما من الانتفاع بما صار له (والثانى) انه لايتأتى فيه فصل محقق لأن غايته رسم خطين بين الشقين ومع ذلك

الذي فيه الربا في الفضل في بعضه على بعض يدا بيد ومن ذلك أن يشترى صبرة تمر مكيلة أو جزافا بصبرة حنطة مكيلة أو جزافا ومع الحنطة من التمر قليل أو كثير وذلك أن الصفقة في الحنطة تقع على حنطة وتمر بتمر وحصة التمر غير معروفة من قبل أنها انما تكون بقيمتها والحنطة بقيمتها والتمر بالتمر لا يجوز إلا معلوما كيلا بكيل (وقال) في باب تفريع الصنف من المأكول والمشروب بمثله وكل مالم يجز الامثلا بمثل يدا بيد فلا خير في أن يباع منه شيء ومعه شيء غيره بشيء آخر لاخير في مد بمد عجوة ودرهم بمدى تمر عجوة ولا مد حنطة سمراء ودرهم بمدى حنطة محمولة حتى يكون الطعام

فاذا بني أحدهما على ماصار له تعدى الثقل والتحامل الى الشق الآخر وضعف الامام المعنى الثانى بما مر أن هذه القسمة جائرة بالتراضي وذلك يدل على أن رسم الخط كاف في القسمة والمفاضلة وماذكره توجيها واعتراضا مبنى على الاكتفاء بالعلامة وترك الشق والقطع وهو الاول من الوجهين المنقولين في حالة التراضي وعن صاحب التقريب وجه أنه يجاب الطالب ويجبر الممتنع لكن لايقرع بل يخصص كل واحد بما يليه (وأما) النوع الثانى وهو قسمة نصف الطول في كل العرض فجائز بالتراضي أيضا وفي الاجبار عليه وجهان أما الذين اعتبروا الشق والقطع فانهم وجهوا أحدهما بأن القطع يوجب اتلاف بعض الجدار ولا اجبار مع الاضرار (والثانى) أن الضرر والنقصان في هذا النوع هين فاشبه قسمة الثوب الصفيق (وأما) المكتفون برسم الخط والعلامة فبنوهما على المعنيين السابقين (إن قلنا) بالاول جرى الأجبار لان كل واحد منهما يتأتى له الانتفاع بما يصير اليه (وإن قلنا) بالثانى فلا لتعذر المفاضلة المحققة والاشبه من الوجهين كيف فرض التوجيه مع الاجبار وهو الذى أورده في الكتاب هذا في قسمة الجدار نفسه (أما) اذا انهدم وظهرت العرصة أو كان بينهما عرصة جدار لم يبن عليها بعد فطلب أحدهما قسمتها في كل الطول ونصف العرض (فان قلنا) في الجدار أن الطالب لمثل هذه القسمة يجاب ويخصص كل واحد بالشق الذى يليه من غير قرعة فكذلك ههنا وبه قال أبو الطيب بن سلمة (وإن قلنا) لايجاب ثم فههنا وجهان بنوهما على المعنيين السابقين (إن قلنا) بالاول لم يجب (وان قلنا) بالثانى أجيب وان طلب قسمتها في نصف الطول وكل العرض أجيب لبعد المعانى المذكورة في الجدار واذا بني الجدار وأراد أن يكون عريضا زاد فيه من عرض بيته والله أعلم بالصواب * اذا عرفت ذلك فاعلم قوله في الكتاب ولا يجبر على القسمة في كل الطول ونصف العرض - بالواو - وكذا قوله وكذا في نصف الطول وكل العرض (وأما) قوله إذا جرت بالتراضي أقرع في الصورة الاخيرة والأولى تخصيص كل وجه بصاحبه في الصورة الأولى وفي الصورة الأخيرة القسمة في نصف الطول وكل العرض والأولى هى القسمة في كل الطول ونصف العرض ولا يفهم من قوله الاولى التخصيص بعينه على رأى ذهابا الى أن

بالطعام لاشيء مع واحد منهما غيرهما أو يشتري شيئا من غير صنفه ليس معه من صنفه شيء (وقال) في باب (١) في التمر بالتمر ولا خير في أن يكون صاع أحدهما من تمرين مختلفين وصاع الآخر من تمر واحد (وقال) في مختصر المزني ولا خير في مد عجوة ودرهم بمدي عجوة حتى يكون التمر بالتمر مثلا بمثل (وقال) فيه أيضا ولو راطل مائة دينار عتق مروانية ومائة دينار من ضرب مكروه بمائتي دينار من ضرب وسط خير من المكروه ودون المروانية لم يجز لأني لم أر بين أحد ممن لقيت من أهل العلم اختلافا ان ماجمعته الصفقة من عبد ودار أن الثمن مقسوم على كل واحد منهما بقدر قيمته من

المراد من الأولى من خلاف في المسألة فان أحدا لم يذكر فيها خلافا بل أطلقوا الجواز للقسمة عند التراضي والمعهود في القسمة القرعة فان ما أراد بالارشاد الى أن الشريكين ينبغي أن يصيرا الى التخصيص من غير قرعة فيبيع كل واحد منهما ماله في الشق الذي يلي صاحبه بما لصاحبه في الشق الذي يليه تحرزا عن تضييع المال (وأما) قوله ولامانع في الاساس من الاجبار على قسمته فالمراد من الاساس عرصة الجدار وجوابه واضح في القسمة في نصف الطول وكل العرض وأما في الطول ونصف العرض فالذي أجاب به أحد الوجهين وفيه وجه آخر كما قدمنا والأصح عند العراقيين وغيرهم ما أجاب به والله أعلم *

قال ﴿ والقول الجديد أنه لا يجبر (م ح) على العمارة في الاملاك المشتركة لانه ربما يتضرر بتكليفه العمارة نعم لو انفرد الشريك الآخر فلايمنع لانه عناد محض ثم ان أعاد الجدار بالنقض المشترك عاد ملكا مشتركا كما كان ولو تعاونا على العمل فكذلك ولو انفرد أحدهما وشرط له الآخر أن يكون ثلثا الجدار له صح وكان سدس النقض عوضا عن عمله المصادق لملك الشريك واذا انهدم العلو والسفل وقلنا ليس لصاحب العلو اجبار صاحب السفل على العمارة فله أن يعمر بنفسه فان عمر فليس (و) له منع صاحب السفل من الانتفاع بسفله ولا أن يغرمه (و) قيمة مابناه من الجدار والسقف ومن له حق إجراء الماء في ملك الغير فلا يجبر على العمارة بحال ﴾ *

(الأمر الثالث) العمارة فاذا هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير اذن صاحبه لاستهدامه أو من غير استهدامه ففي التهذيب وغيره أن النص اجبار الهادم على اعادته وان القياس أنه يغرم النقصان ولا يجبر على البناء لان الجدار ليس بمثلي ولو استهدم الجدار بنفسه أو هدماه معا اما لاستهدامه أو لغير استهدامه ثم امتنع أحدهما عن العمارة فقولان (القديم) و به قال مالك وأحمد في المشهور عنهما أنه يجبر الممتنع على العمارة دفعا للضرر عن الشركاء وصيانة للاملاك المشتركة عن التعطيل (والجديد) أنه لا يجبر كما لا يجبر على زراعة الارض المشتركة وكما ان طالب العمارة قد يتضرر بامتناع الشريك فلشريك

(١) كذا بالاصل فحرر

الثمن

الثمن فكان قيمة الجيدمن الذهب أكثر من الرديء والوسط أقل من الجيد (وقال) فى مختصر البويطى فى باب البيوع وكل شيء من المأكول والمشروب والذهب والورق الذى لايجوز بعضه ببعض الامثلا بمثل الحنطة والتمر والشعير والعسل والدنانير والدراهم فاذا أراد رجل أن يبيع من عسل ودرهم بدرهم ومد عسل فلا يجوز أو درهم وثوب بدرهم وثوب أو درهم وثوب بدرهمين أو مد حشف ومد تمر بمدى تمر أو مد حنطة ومد دقيق بمدى حنطة وبما أشبهه فلا يجوز من قبل أن الصفقة تجمعهما ولايتميز تمر كل واحد منهما ولكل واحد منهما حصته من الثمن ولا يدري كم ذلك

يتضرر بتكليف العمارة ويجرى القولان فى النهر المشترك والقناة والبئر المشتركين اذا امتنع أحد الشركاء من التبقية والعمارة وهل يجبر وعند ابي حنيفة يجبر في النهر والقناة والبئر ولايجبر فى الجدار ولو كان علو الدار لواحد وسفلها لآخر فانهدمت فليس لصاحب السفل اجبار صاحب العلو على اعادته وهل لصاحب العلو اجبار صاحب السفل على اعادة السفل ليبني عليه فيه القولان ومنهم من قال القولان فيما اذا انهدم او هدماه من غير شرط اما اذا استهدم فهدمه صاحب السفل بشرط ان يعيده اجبر عليه قولا واحدا ويجرى الخلاف فيما اذا طلب احدهما اتخاذ سترة بين سطحيهما هل يجبر الآخر علي مساعدته *

(التفريع) إن قلنا بالقديم وأصر الممتنع أنفق الحاكم عليه من ماله فان لم يكن له مال استقرض عليه أو أذن للشريك فى الانفاق عليه من ماله ليرجع علي الممتنع إذا وجد له مال فان استقل به هل له الرجوع أشار المزنى فيه إلى قولين وعن الأصحاب فيه طرق (أظهرها) وبه قال ابن خيران وابن الوكيل القطع بعدم الرجوع وحمل الرجوع على مااذا أنفق بالاذن (والثاني) أن القول بعدم الرجوع تفريع على القديم الذى عليه نفرع وبه قال ابن القطان (والثالث) أنا إن قلنا بالقديم رجع لامحالة (وان قلنا) بالجديد فقولان ونقل الامام وجها فارقا بين أن يمكنه عند البناء مراجعة الحاكم فلا يرجع أولا يمكنه فيرجع والى هذا منعوه ثم إذا أعاد الطالب البناء نظر إن أعاده بالآلة القديمة فالجدار بينهما كما كان فى السفل فى الصورة الأخري لصاحب السفل كما كان وليس لصاحب العلو نقضه ولا منعه من الانتفاع بملكه وان بناه بآلة من عنده فالبناء له ويتمكن من نقضه ولو قال الشريك لاتنقض وأنا أغرم لك نصف القيمة لم يجز له النقض لأنا علي هذا القول نجبر الممتنع على ابتداء العمارة فلأن نجبره على الاستدامة كان أولى (وان قلنا) بالجديد فلو أراد الشريك الطالب الانفراد بالعمارة نظر إن أراد عمارة الجدار بالنقض المشترك وأراد صاحب العلو اعادة السفل بنقض صاحب السفل او بآلة مشتركة بينهما فللآخر منعه وان أراد بناءه بآلة من عنده فله ذلك

فيدخل فى ذلك التفاضل لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنه الا مثلا بمثل مثل ثوب ورطل من عسل بثوب ورطل عسل لأن للثوب والدرهم الذى وقع بالثوب والدرهم للدرهم حصة من الدرهم والثوب ومن الآخر بمثل ذلك فلا يجوز لأن ثمنها لا يعيز من كل واحد منهما و يدخل الثوب والدرهم بالثوب والدرهم بيع وصرف (وقال) فى مختصر البويطى أيضا فى باب الصرف و إذا صارفه خمسين قطاعا وخمسين صحاحا بمائة صحاح فلا يجوز لأن للخمسين القطاع حصة من المائة الصحاح أقل من ثمنها فيدخل فى ذلك التفاضل والثمن مقوم عليهما وهو مثل رجل اشترى عبدا وثوبا بمائة دينار ولو اشترى

ليصل الى حقه كما لو سقطت جذوعه الموضوعة على الجدار المشترك ينفرد باعادتها ثم المعاد ملكه يضع عليه ماشاء وينقضه اذا شاء فلو قال شريكه لا تنقض الجدار لأغرم لك نصف القيمة أو قال صاحب السفل لا تنقض لأغرم لك القيمة لم تلزمه اجابته على هذا القول كابتداء العمارة ولو قال صاحب السفل انقض ماأعدته لأبنيه بآلة نفسى فان كان قد طالبه بالبناء فلم يجب لم يجب الآن الى مايقوله وان لم يطالبه وقد بني علوه عليه فكذلك لايجاب ولكن له أن يتملك السفل بالقيمة ذكره فى المهذب وان لم يبن عليه العلو بعد أجيب صاحب السفل ومهما بني الثانى بآلة نفسه فله منع صاحبه من الانتفاع بالعلو بفتح كوة وغرز وتد ونحوهما وليس له منع صاحب السفل من السكني فان العرصة ملكه وعن صاحب التقريب وجه فى المنع من السكني أيضاً والمذهب الأول * ولو أنفق على البئر والنهر فليس له منع الشريك من سقى الزرع والانتفاع بالماء وله منعه من الانتفاع بالدولاب والبكرة الحدثين ولو كان الممتنع على الجدار الذى انهدم جذوع وأراد اعادتها بعد مابناه الطالب بآلة نفسه فعلى الثاني تمكينه أو نقض ماأعاده يبني معه الممتنع ويعيد جذوعه والله أعلم * بقي فى الفصل صورتان (احداها) اذا بان أن الجدار المشترك لو انفرد احدهما باعادته بالنقض المشترك يعود مشتركا كما كان فلو تعاونا على اعادته كان أولى أن يعود مشتركا فلو شرطا مع التعاون زيادة لأحدهما لم يجز لأنه شرط عوض من غير معوض فانهما متساويان فى العمل وفى الجدار وعرصته وعن صاحب التقريب وجه أنه يجوز ذلك لتراضيهما حتى لو باع أحد شريكى الدار على السواء نصيبه من لدار بثلث الدار من نصيب صاحبه قال يصح وتصير الدار بينهما أثلاثاً واستبعد الامام ماذكره وقال لو باع أحدهما نصفه بنصف صاحبه لم يقدر ذلك بيعاً ولم ترتب عليه أحكام البيع وهذه الصورة قد ذكرناها فى البيع و بينا أن الأظهر فيها الصحة وقياسه صحة بيع أحدهما نصفه بالثلث من نصف الآخر ولا يلزم منه صحة الشرط فيما نحن فيه لأن الموجود هو البناء بشرط الزيادة لأحدهما ومجرد الشرط والرضى بالتفاوت لايغير كيفية الشركة القديمة الا أن البناء بالاذن والشرط يقام مقام البيع والاجارة للمسائل المذكورة على الأثر ولو انفرد أحد الشريكين بالبناء بالنقض المشترك باذن صاحبه بشرط أن يكون له الثلثان جاز والسدس الزائد يكون فى مقابلة عمله فى النصف الآخر هكذا

مائة دينار قطع بمائة صحاح فلا بأس وقد قيل يجوز خمسين قطاع وخمسين صحاح بمائة صحاح • وهذا القول الذى نقله الشافعي رحمه الله سيأتي مثله مبسوطا فى الاملاء والله أعلم • (وقال) فى مختصر البويطى فى كتاب التفاليس وان باع عبدا وله مال دنانير ودراهم فلا يجوز شراؤه بدنانير ولا بدراهم إذا استثني ماله وان اشتراه وحده بلا مال فجائز (وقال) الشافعى رضى الله عنه فى كتاب الأملاء فى باب بيع التمر بالتمر فى أمر النبى ﷺ عامله على خيبر « أن يبيع الجميع بالدراهم ثم يشترى بالدراهم حساما » دل والله أعلم على أن لايجوز أن يباع صاع تمر ردىء فيجمع مع صاع تمر فائق ثم يشترى

أطلقوه واستدرك الامام فقال هذا مصور فيما اذا شرط له سدس النقض في الحال لتكون الاجرة عتيدة فاما اذا شرط السدس الزائد له بعد البناء لم يصح فان الاعيان لاتؤجل ولك أن تزيدفتقول التصوير وان وقع فيما ذكره وجب أن يكون الحكم فيه كالحكم فيما اذا شرط للمرضع جزءا من الرقيق المرتضع فى الحال ولقاطف الثمار جزءا من الثمار المقطوفة فى الحال ونظائرها لان عمله يقع على ماهو مشترك بينه و بين غيره وسياتى الكلام فيها فى الاجارة ولو بناه أحدهما بآلة نفسه باذن الآخر بشرط أن يكون ثلثا الجدار له فقد قابل ثلثا الآلة المملوكة له وعمله فيه بسدس العرصة المبني عليها وفى صحة هذه المعاملة قولان لجمعها بين مختلفى الحكم وهما البيع والاجارة ولا يخفي ان شرط الصحة العلم بالآلات و بصفات الجدار فانه يعود فيها النظر الى شرط ثلث النقض فى الحال أو بعد البناء (الثانية) اذا كان له حق اجراء الماء فى ملك الغير فانهار ذلك الملك لم يجب على مستحق الاجراء مشاركته فى العمارة لان العمارة تتعلق بتلك الاعيان وهى لمالكها لايشترك المستحق الاجراء فيها وان كان الانهدام بسبب الماء ففيه احتمال عند الامام قال والظاهر أنه لاعمارة عليه أيضاً لانه ليس بمالك والانهدام تولد من مستحق ولنتكلم الآن فيما يحتاج اليه من الفاظ الكتاب (قوله) لايجبر على العمارة فى الاملاك المشتركة يجوز اعلامه - بالميم - والالف بل بالحاء أيضا لما قدمنا من مذاهبهم (وقوله) نعم لوانفرد الشريك الآخر فلا يمنع يشعر بتمكينه من العمارة سواء عمر بالنقض المشترك أو بخاص ملكه وقد صرح بذلك فى الوسيط وكذا الامام لكن الظاهر من النقل ماقدمناه وهو أنه ان أعاد بآلة نفسه فلا منع وان أراد العمارة بالنقض المشترك فلصاحبه المنع اذا فرعنا على الجديد وهو المتوجه من جهة المعني فانه المالك وقد يريد صرفه الى غير تلك العمارة (وقوله) وشرط له الآخر أن يكون ثلثا الجدار له ظاهره التصوير فيما اذا شرط السدس الزائد بعد البناء لانه حينئذ يسمى جدارا لكن عرفت فى المباحثة التي مرت أن ذلك غير جائز فليؤول اللفظ (وقوله) واذا انهدم السفل والعلو وقلنا ليس لصاحب العلو اجبار صاحب السفل اشارة الى أن القولين فى الاجبار على

بهما صاعين بتمر وسط وذلك أن العلم يحيط بأن صاع التمر الرديء لو عرض على صاحب التمر الوسط ربع صاع لم يقبله ولو قوم لم تكن قيمته كقيمة ربع صاع من الوسط وانما يعطى صاحب الصاعين من الوسط صاعين بصاع رديء وصاع جيد ليدرك فضل تمره الجيد على الرديء بما يأخذه من الجيد وعامل رسول الله ﷺ انما كان يقاسمهم نصف تمرهم فيأخذ الجيد الغاية من صاحب الجيد الغاية والرديء الذي لاأسفل منه من صاحب التمر الرديء ومن كل ذي تمر نصف تمره ولو كان يجوز أن يجمع الرديء مع الجيد الغاية أمره فيما يرى رسول الله ﷺ أن يضم الرديء الى الجيد ثم

العمارة فى الاملاك المشتركة يجريان فى أن صاحب السفل هل يجبر على اعادة السفل الخالص له (وقوله) فله أن يعمر بنفسه فيه مثل هذا الكلام الذي ذكرناه فى قوله نعم لو انفرد الشريك الآخر فلا منع (وقوله) فليس له منع صاحب السفل من الانتفاع بسفله إن حمل على ماإذا أعاد بالنقض المشترك فذاك وان أجرى على إطلاقه فليحمل الانتفاع على السكني فى عرصته فان الانتفاع بالجدار غير سائغ على ماتقدم ثم ليعلم بالواو للوجه المحكى عن صاحب التقريب (وقوله) ولا أن يغرمه مفرع عن نظم الكتاب على القول الجديد فى مسألة السفل والعلو والحكم بعدم الرجوع على ظاهر المذهب لايختلف بالقوانين *

قال ﴿ أما السقف الحائل بين العلو والسفل يجوز لصاحب العلو الجلوس عليه وان كان مشتركا للضرورة وكذا ان كان مستخلصا لصاحب السفل وانما يتصور ذلك بأن يبيع صاحب السفل حق البناء على سقفه من غيره فيصح (ز) هذه المعاملة وهى بيع فيها مشابه الاجارة ولا يجوز بيع حق الهواء لاشراع جناح من غير أصل يعتمده البناء ويجوز بيع حق مسيل الماء ومجراه وحق الممر وكل الحقوق المقصودة على التأبيد ويجب أن يذكر قدر البناء وكيفية الجدار لاختلاف العرض فى تثاقله ولو باع حق البناء على الارض لم يجب (و) ذكر ذلك ومهما هدم صاحب السفل السفل لم ينفسخ البيع لانه مخالف للاجارة ولكن يغرم له قيمة البناء للحيلولة فاذا أعاد السفل استرد القيمة ﴾ *

كما أن الجدار الحائل بين مالكين تارة يكون مشتركا بين المالكين وتارة يكون خالصا لاحدهما فكذلك السقف الحائل بين العلو والسفل المملوك كل واحد منهما لواحد قد يكون مشتركا بينهما وقد يكون خالصا لأحدهما وحكم القسمين فى الانتفاع يخالف حكمهما فى الجدار فيجوز لصاحب العلو الجلوس ووضع الأثقال عليه على الاعتياد ولصاحب السفل الاستظلال والاستكنان به لأنا لولم نجوز ذلك لعظم الضرر وتعطلت المنافع وهل لصاحب السفل تعليق الامتعة فيه (أما) ماليس ثقيلا يتأثر السقف به كالثوب ونحوه فلا منع به بل هو كالاستناد الى الجدار (وأما) غيره ففيه وجهان

يشتري به وسطا ان كان ذلك موجودا فخالف بعض الناس فى هذا فقال « لا بأس أن يضم الحشف الى الردي، ثم يشترى بكليهما تمر عجوة » وقال « لا بأس بالذهب بالذهب متفاضلة اذا دخل واحدا منهما فليس » قال الشافعى ومعني الذهب يضم اليها غيرها معني التمر الردى، يضم اليه التمر الردى، منها قال الشافعى رضى الله عنه وقلت لبعض من قال هذا القول أرأيت رجلا اشترى ألف درهم تسوي عشرة الدراهم بألفي درهم قال جائز (قلت) فان وجد بالثوب عيبا قال يرده بألف قلت فهكذا يقول فى البيوع كلها قال أى البيوع (قلت) أرأيت لو باع جارية تسوى ألفا وثوبا يسوى عشرة دراهم بألفين فوجد بالثوب عيبا قال تقسم الالفان على الالف وعشرة

(أحدهما) أنه غير جائز إذ لا ضرورة فيه بخلاف الاستظلال (وأظهرهما) أنه يجوز على الاعتياد تسوية بين صاحب العلو وصاحب السفل فى تجويز تثقيل السقف وعلى هذا فوجهان (أحدهما) أن التعليق الجائز هو الذى لا يحتاج الى إثبات وتد فى السقف (وأظهرهما) أنه لا فرق وقال الشيخ أبو محمد (فان قلنا) إنه ليس له اثبات الوتد والتعليق منه فليس لصاحب العلو غرز الوتد فى الوجه الذى يليه إذ لا ضرورة اليه وإن جوزناه لصاحب السفل ففى جوازه لصاحب العلو وجهان لندرة حاجته اليه بخلاف التعليق * إذا تقرر ذلك فتصوير القسم الاول هو أن يكون السقف مشتركا بينهما وأما إذا كان خالصا لاحدهما فصورة خلوصه لصاحب العلو أن يكون لرجل جداران متقابلان فيأذن لغيره فى وضع الجذوع عليهما والبناء على تلك الجذوع بعوض أو غير عوض فاذا فعل ذلك كان سقف لصاحب العلو وصورة خلوصه لصاحب السفل أن يأذن لغيره فى البناء على سقف ملكه بعوض أو بغير عوض فيبني عليه والى هذا أشار بقوله وانما يتصور ذلك أن يبيع صاحب السفل حق البناء على سقفه من غيره ولما جري ذكر هذا التصرف وهو من المسائل المقصودة فى الباب اندفع فى بيانه وبيان مايناسبه ونحن نشرحه فى مسألتين ولا نبالى بما يحتاج اليه من تقدير مؤخر فى سياق الكتاب وتأخير مقدم (المسألة الاولى) اذن المالك لغيره فى البناء على ملكه قد يكون بغير عوض وهو الاعارة وقد يكون بعوض فمن صوره أن يكرى أرضه أو رأس جداره أو سقفه مدة معلومة بأجرة معلومة فتجوز وسبيله سبيل سائر الاجارات (ومنها) أن يأذن فيه بصيغة البيع ويبين الثمن فهو صحيح خلافا للمزنى ولابى حنيفة أيضا فيما حكاه القاضى الروياني ثم يتصور ذلك بلفظتين (احداهما) أن يبيع سطح البيت أو علوه للبناء عليه بثمن معلوم (والثانية) أن يبيع حق البناء على ملكه والاولى هى لفظة الشافعى وعامة الاصحاب رحمهم الله والثانية لفظة الامام وصاحب الكتاب ويتلخص الغرض بمباحثتين (احداهما) أن المراد من اللفظتين شيء واحد وان كان ظاهر اللفظ يشعر بالمغايرة لأن بيع العلو للبناء أما أن يراد به جملة السقف فليخرج على

ويرد الثوب بحصة عشرة من الالفين » قال « وكذلك جارية تسوى ألفا وثوبا يسوى مائة بيعا بألفين ومائتين يرد الثوب بمائتين لانهما سهم من أحد عشر سهما من الثمن ويكون صحة هذا في البيع وان لم يسم لكل واحد منهما حصته من الثمن (قلت) فلم لا يكون الثمن هكذا قال لأن الثمن كله معروف (قلت) والسلعتان اللتان بيعتا معروفة فى القيمة من الثمن قال نعم (قلت) وهكذا البيوع كلها قال نعم (قلت) لم لم يقل هذا فى الثوب مع الدراهم قال اذا احترز الربا فيكون ألفا بأكثر منها (قلت) فهذا أبطلنا ما أجزت من الصرف واذا أجزته فقد تركت أن يقسم الثمن على ماوقعت عليه عقدة البيع هذه نصوص الشافعى رحمه الله وهى مشتملة على ما اذا كان المبيع من جنسين مختلفين وعلى ما اذا كان نوعين من جنس واحد

التفصيل الذى مر فى البيع وأيضا فانهم صوروا فيما اذا اشترى ليبنى عليه ومن اشترى شيئا انتفع به بحسب الامكان ولم يحتج الى التعرض للانتفاع به (والثانية) ماحقيقة هذا العقد أبيع هو أم اجارة ان كان بيعا فليعد ملك عين كسائر البيوع فان كان اجارة فليشترط التأقيت كسائر الاجارات (والجواب) أن الاصحاب اختلفوا فيه فقال قائل هو بيع ويملك المشترى به مواضع رءوس الاجذاع وهذا يدفع الالزام لكنه مشكل لما ذكرنا فى المباحثة الاولى (والصحيح) أنه لا تملك به عين وعلى هذا فوجهان (أحدهما) أنه اجارة وإنما لم يشترط تقدير المدة لان العقد الوارد على المنفعة تتبع فيه الحاجة واذا اقتضت الحاجة التأبيد أبد على خلاف سائر الاجارات والتحق بالنكاح ونسب صاحب البيان هذا الوجه الى ابن الصباغ (وأظهرهما) أنه ليس باجارة محضة ولكن فيه شائبة الاجارة وهى أن المستحق به منفعة وشائبة البيع وهى أن الاستحقاق فيه على التأبيد فكأن الشرع نظر الى أن الحاجة تمس الي ثبوت الاستحقاق المؤبد في مرافق الاملاك وحقوقها مساسها الى ثبوت الاستحقاق المؤبد فى الاعيان فجوز هذا العقد وأثبت فيه شبها من البيع وشبها من الاجارة وهذا معني قوله فى الكتاب وهى بيع فيه مشابهة الاجارة واذا قلنا انه لا تملك به عين فلو عقد بلفظ الاجارة ولم يتعرض للمدة فوجهان (أشبههما) أنه ينعقد أيضا لأنه يخالف البيع فى قضية كما يخالف الاجارة فى أخرى فاذا انعقد بلفظ البيع لتوافقهما فى قضية انعقد بلفظ الاجارة لتوافقهما فى أخرى فاذا جرت هذه المعاملة وبنى المشترى عليه لم يكن للبائع أن يكلفه النقض ليغرم له أرش النقصان * ولو انهدم الجدار والسقف بعد بناء المشتري عليه وأعاد مالكه فللمشترى اعادة البناء بتلك الآلات أو بمثلها ولو انهدم قبل البناء فللمشترى البناء عليه إذا أعاده وهل يجبره على إعادته فيه الخلاف السابق ولو هدم صاحب السفل أو غير السفل قبل بناء المشترى فعلى الهادم قيمة حق البناء لانه حال بينه وبين حقه بالهدم فاذا أعاد مالك السفل استرد الهادم القيمة لان الحيلولة قد ارتفعت فلا يغرم أجرة البناء لمدة الحيلولة ولو كان الهادم بعد

ويعبر الاصحاب عن كل من الأمرين بقاعدة مد عجوة وضابطها عندهم أن تشتمل الصفقة على مال واحد من أموال الربا منا لجانبين ويختلف مع ذلك أحد العوضين أوكلاهما جنسا أو نوعا أو صفقة فقولنا مال واحد خرج به ماإذا اشتملت على جنس مال الربا كما إذا باع قمحا وشعيرا بتمر وزبيب فانه لولا هذه اللفظة لدخل تحت الضابط وان شئت قلت أن يبيع مال الربا بجنسه ومع أحدها غيره مما فيه الربا أو مما لاربا فيه وهذه عبارة أبي الطيب وابن الصباغ وينبغي أن يحمل غيره على ماهو من الجنس والنوع والصفةوعبارة المصنف في الكتاب وفي التنبيه من أحسن العبارات وأسلمها لكن فيها اعتبار القيمة مطلقا وسأتكلم عليه ان شاء الله تعالى وأول مايعتني به في المسألة أصلان (أحدها) أن الجهل بالمماثلة لحقيقة المفاضلة وقد تقدم التنبيه

البناء فالقياس أن يقال (إن قلنا) إن من هدم جدار الغير يلزمه اعادته فعليه اعادة السفل والعلو (وان قلنا) يلزمه أرش النقص فعليه أرش نقص الآلات وقيمة حق البناء للحيلولة وبالجلة فلاتنفسخ هذه المعاملة بما يعرض من الهدم والانهدام من جهة التحاقها بالبيوع ثم سواء جرى الاذن في البناء بعوض أولابعوض فيجب بيان قدر الموضع المبني عليه طولا وعرضاً ويجب مع ذلك إن كان البناء علي الجدار أو السطح بيان سمك البناء وطوله وعرضه وكون الجدران منضدة أو خالية الاجواف وكيفية السقف المحمول عليها لان الغرض يختلف ولا يحتمل الجدار أوالسقف كل شيء وحكي القاضي الروياني وجهاً أنه إذا أطلق ذكر البناء كفى وحمل على مايحمله المبني عليه ولا يشترط التعرض لوزن مايبنيه عليه لان الاعلام في كل شيء على مايليق به ويعتاد فيه وعن الشيخ أبي محمد أن بعضهم يشترطه ولوكانت الآلات حاضرة أغنت مشاهدتها عن كل وصف وتعريف وان أذن في البناء على أرضه لم يجب ذكر سمك البناء وكيفته لان الارض تحمل كل شيء وفيه وجه آخر يذكر مع الاول في باب الاجارة أنه يجب لان بتقدير القلع والتفريغ عند انقضاء مدة الاجارة أو الرجوع عن الاعارة تطول مدة التفريغ وتقصر بحسب كبر النقض وقلته ويختلف الغرض بذلك *

﴿ فرع ﴾ ادعي بيتا في يد غيره فاقر له به وتصالحا على أن يبني المقر على سطحه جاز ذلك وقد أعاره المقر له سطح بيته للبناء ولوكان تنازعهما في سفله والعلو مسلم للمدعى عليه فاقر للمدعي بما ادعي وتصالحا على أن يبني المدعى على السطح ويكون السفل للمدعى عليه جاز وذلك بيع السفل بحق البناء على العلو (المسألة الثانية) من احتاج الى اجراء ماء في أرض الغير لم يكن له اجبار صاحب السطح والارض عليه وروى البندنيجي وغيره عن القديم قولا أنه يجبر والمذهب الاول فان أذن فيه باعارة أو بيع أو اجارة جاز ثم في السطح لابد من بيان الموضع الذي يجرى

على ذلك مراراً ويشهد له النهى عن بيع الصبرة بالصبرة لايعلمان كيلها ومنع بيع التمر بالرطب خرصاً في غير العرايا قال ابن السمعانى وهى تخرج المسألة على الأصل الذى عرف لنا فى مسائل الربا وهو أن الأصل فى بيع هذه الأموال بعضها ببعض الحظر إلا أنه يتخلص عن الحظر بالبيع على وجه مخصوص فاذا لم يوجد ذلك الوجه يبقي محظوراً تمسكا بالأصل (والأصل الثانى) أن اختلاف العوضين من الجانبين أو من أحدهما يوجب اعتبار القيمة وتوزيع الثمن بالقيمة يوم العقد لدليلين (أحدهما) من حيث العرف فان التجار يقصدون بالشراء التثمين (والثانى) من حيث الحكم كما إذا

عليه الماء والسطوح التى ينحدر منها الماء اليه ولا باس بالجهل بالقدر من ماء المطر لان ذلك مما لايمكن معرفته وهذا عقد جوز للحاجة واذا أذن و بين ثم بني على سطحه مايمنع الماء فان كان عارية فهو رجوع وان كان بيعاً أو اجارة فللمشترى أوالمستأجر ثقب البناء واجراء الماء فيه وأما فى الارض فقد قال فى التهذيب لاحاجة فى العارية الى بيان لانه اذاشاء رجع والارض تحمل مايحمل وان أجر وجب بيان موضع الساقية وطولها وعرضها وعمقها وتقدير المدة قال فى الشامل ولا بد وأن تكون الساقية محفورة فان المستأجر لايملك الحفر وان باع وجب بيان الطول والعرض وفى العمق وجهان بناء على أن المشترى يملك موضع الجريان أولا يملك الاحق الاجراء وايراد الناقلين يميل الى ترجيح الاول وهذا اذا كان لفظ البيع بعت منك مسيل الماء فان قال حق مسيل الماء فكذلك صور القفال فهو كبيع حق البناء ويجيء فى حقيقة العقد مامر فى بيع حق البناء وفى المواضع كلها ليس له دخول الارض بغير اذن مالكها الا أن يريد تنقية النهر وعليه أن يخرج من أرضه مايخرج من النهر والمأذون فى اجراء ماء المطر ليس له القاء الثلج ولا أن يترك الثلج حتى يذوب و يسيل اليه ولا أن يجرى فيه ماء يغسل به ثيابه وأوانيه بل لايجوز أن يصالح على ترك الثلوج على السطح لو اجراء الغسالات على مال لان الحاجة لاتدعو الى مثله وفى الارض ضرر ظاهر (والثانى) مجهول والمأذون فى القاء الثلج ليس له اجراء الماء وتجوز المصالحة على قضاء الحاجة في حق الغير على مال وكذا على جمع الرمل والقمامة فى ملكه وهى اجارة يراعى فيها شرائطها وكذا المصالحة عن البيتوتة على سطح الجار ثم لو باع مستحق البيتوتة منزله فليس للمشترى أن يبيت عليه بخلاف ماذا باع مستحق اجراء الماء على سطح الغير مدة بقاء داره فانه يستحق المشترى الاجراء بقية المدة لان اجراء الماء من مرافق الدار دون البيتوتة (وقوله) فى الكتاب ولا يجوز بيع حق الهواء لاشراع الجناح هذه المسألة احتج بها المزنى للمنع من بيع حق البناء وفرق الاصحاب بان ذاك اعتياض عن مجرد الهواء وحق البناء تعلق بعين الموضع المبنى عليه حتى لو صالحه عن موضع الجذوع المشرعة على جداره صح ولهذا يجوز اكراء المالك للبناء بالاتفاق ولا يجوز اكراء الهواء وكل حق

باع عبداً وثو باثم خرج أحدهما مستحقاً فانه يرجع بقيمة المستحق من الثمن إلا بنصف الثمن واذا باع شقصاً وسيفاً يأخذ الشفيع الشقص بقيمته من الثمن إلا بنصف الثمن والشفيع إنما يأخذ بما شاء وله حالة العقد فلولا أن التوزيع حاصل حين العقد لم يصح وكما في رد البعض بالعيب وتلف البعض عند البائع قال أصحابنا ولولا التوزيع في الابتداء ماتوزع في الانتهاء ولا يترك التوزيع بأن يؤدي إلى بطلان البيع فان العقد اذا كان له مقتضى حمل عليه سواء أدي الى فساد العقد أو الى صلاحه كما اذا باع درهما بدرهمين لما كان مقتضى العقدمقابلة جميع الثمن للثمن حمل عليه وان أدى الى فساده ولم يحمل علي أحد الدرهمين هبة والآخر ثمن ليصح العقد وقولهم أنه يغلب وجه الصحة بكل حال ممنوع قال العجلى في كلامه على الوسيط بعرض الكلام فيما اذا كان الجيد لواحد والردىء لآخر قانلاهما

يتعلق بغير مجرى الماء والممر فهو كحق البناء بلا فرق (وقوله) حق مسيل الماء ومجراه اللفظان متقاربان و يمكن حمل المسيل على الموضع الذي ينحدر اليه الماء و يقف الى النضوب والمجرى على الموضع الذي يجرى فيه الماء (وقوله) وكل الحقوق المقصودة على التأبيد فيه اشعار بان الحقوق المتعلقة بالاعيان لما كانت مقصودة على التأبيد الحقت بالاعيان حتى استغنى العقد الوارد عليها عن التأقيت *

﴿ فرع ﴾ خرجت أغصان شجرته الى هواء ملك الجار *للجار أن يطالبه بازالتها فان لم يفعل فله تحويلها عن ملكه فان لم يمكن فله قطعها ولا يحتاج فيه الى اذن القاضي وفيه وجه ضعيف ولو صالحه على ابقائها بعوض لم يجز أن يستند الغصن الى شيء لانه اعتياض عن مجرد الهواء وان استند الى جدار فان كان بعد الجفاف جاز وان كان رطباً فلا لانه يزيد ولا يعرف قدر ثقله وضرره وعن طائفة من بصريي أصحابنا أنه يجوز وما ينموا يكون تابعا وانتشار العروق كانتشار الاغصان وكذلك ميل الجدار الى هواء الجار قاله الاصطخري *

قال ﴿ الفصل الثالث في التنازع وفيه ثلاث مسائل ﴿ الاولى ﴾ لوادعى على رجلين دارا وهي في يدهما فكذبه أحدهما وصدقه الآخر فصالح المصدق على مال فأراد المكذب أخذه بالشفعة ان ادعى عليهما عن جهتين جاز وان ادعى عن جهة واحدة من أرث أو شراء فلا لانه كذبه في استحقاقه فالصلح باطل بقوله وفيه وجه أنه يأخذ ﴾ *

كلام الفصل في ثلاث مسائل (الاولى) اذا ادعى رجل على رجلين داراً في أيديهما فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبت له النصف باقرار المصدق والقول قول المكذب في انكاره فلو صالح المدعى المقر على مال فاراد المكذب أخذه بالشفعة هل له ذلك اختلف طرق الناقلين في الجواب

ثمانين فيقول صاحب المائة الجيدة نزل عن مائة وحصل أكثر منها بطريق المقابلة بالبيع فلا يحل له ذلك كما لو انفرد * بيانه أن قيمة الجيدة اذا كانت الفي درهم وقيمة الرديء الفا وصاحب الجيدة أخذ ثلثي الثمن وهو مائة وثلاثة وثلاثون وثلث وصاحب الرديء يأخذ الباقي بالمائة وهو ستة وستون وثلثان وهذا عين الربا وهذا مقتضى للعقد لأنه اما أن يقال لم يقتض العقد لكل منهما ملكا أصلا أو اقتضى لكل واحد ملكا فى الكل أواقتضى ملكا فى النصف على التساوى أو اقتضى ملكا بحسب مايتميز عندالقيمة والأقسام الثلاثة الأولى ظاهرة البطلان فتعين الرابع وهو أن مقتضى العقدان

قال الشيخ أبو حامد وقوم ان ملكها فى الظاهر بسببين مختلفين فلذلك لانه لاتعلق لاحد الملكين بالآخر وان ملكها بسبب واحد من إرث أوشراء فوجهان (أحدهما) المنع لأن الدار بزعم المكذب أنها ليست للمدعى فان فى ضمن إنكاره تكذيب المدعى فى نصيب المقر أيضا وحينئذ يكون الصلح باطلا (وأظهرهما) ان له الاخذ لحكمنا فى الظاهر بصحة الصلح وانتقال الملك الى المقر ولا يبعد انتقال نصيب أحدهما الى المدعى دون الآخر ان ملكاه بسبب واحد وهذا الطريق هو الذى أورده الامام والمصنف فى الوسيط لكنهما جعلا أظهر الوجهين المنع وفى اصل الطريقة أشكال لانا لانحكم بالملك الا بظاهر اليد ولادلالة لليد على اختلاف السبب واتحاده فبما يعرف الحاكم الاختلاف والاتحاد والى قول من يرجع ومن الذى يقيم البينة عليه وقال صاحب الكتاب ههنا ان ادعى عليهما من جهتين فللمكذب الأخذ بالشفعة وان ادعى عن جهة واحدة ففيه الوجهان وفيه وقفات أيضا وقصور عن الوفاء بالجواب لأن المدعى ليس من شرطه التعرض لسبب الملك و بتقدير تعرضه فلا يلزم من تكذيبه المدعى فى قوله ورثت هذه الدار زعم أنه لم يرث نصفها وقال ابن الصباغ ان اقتصر المكذب على انه لاشيء لك فى يدى أولا يلزمنى تسليم شيء اليك أخذ بالشفعة وان قال مع ذلك وهذه الدار ورثناها ففيه الوجهان وهذا أقرب الطرق على أن قوله ورثناها لايقتضى بقاء نصيب الشريك فى ملكه بل يجوز انتقاله الى المدعى فليقطع بجواز الأخذ بالشفعة الا أن يتعرض لكون الشريك مالكا فى الحال * هذا اذا ادعى رجل على رجلين ولو ادعى رجلان دارا فى يد رجل فأقر لاحدهما بنصفها نظر ان ادعيا أنهما ورثاها شارك المكذب المصدق فيما سلمه المدعى عليه لان الارث يقتضى شيوع التركة بين الورثة فما يخلص يكون بينهما وصار كما لو تلف بعض التركة وحصل البعض هذا اذا لم يتعرضا لقبض الدار أما اذا قالا قبضناها وورثناها ثم غصبتها منا فوجهان (منهم) من قال يشاركه أيضا لأن ايجاب الارث الشيوع لايختلف و يحكى هذا عن أبي حنيفة ومالك رضى الله عنهما لان الشركة اذا حصلت فى يد الورثة صار كل واحد منهم قابضا لحقه وانقطع حقه عنه عمافي

ماظهر بالقيمة واذا ظهر ذلك عند تعدد الملاك فكذا عند اتحاده لأن ذلك مقتضى العقد بسبب اختلاف النوع والقسمة لابسبب اختلاف الملاك اذ باذل الجيد لايرضى أن يستفيد فى مقابلة الجيد مايستفيده فى مقابلة الردىء ولا باذل الثمن يبذله على التساوى بل هذا القصد ضرورى فى نفس العاقد ومطلق كلامه لايفهم منه الا مايقصد فى عادة التعامل فكأنه صرح بمقابلة الجيد بزيادة اه ثم الزمهم بمسألة الشفعة ثم قال فان قيل التفاضل مقتضى الانقسام والانقسام يقتضى اختلاف الملاك أو اختلاف العيب أو الاستحقاق أو ثبوت الشفعة فان لم يكن بينهما هذه الاختلافات الاربع

يد الآخرين ألا ترى انه يجوز أن يطرأ الغصب على نصيب أحدهما خاصة بان تزال يده فان المغصوب لايكون مشتركا بينهما وان ادعيا الاستحقاق بجهة غير الارث من شراء وغيره ان لم يقولا اشترينا معا أواتهبنا معا لم يشارك المكذب المصدق بل هو كما لوعين هذا جهة وهذا غيرها وان قالا اشترينا معا أواتهبنا معا وقبضنا فوجهان (أظهرهما) وبه قال الشيخ أبو حامد وأصحابه وتابعهم القاضى الحسين إن الحكم كما ذكرنا فى الارث (والثانى) ويحكي عن أبي علي بن أبى هريرة والطبرى وبه قال القاضى ابن كج والشيخ أبو محمد انه لايشركه لان تعدد المشترى يقتضى تعدد العقد فهو كما لو ملكا بعقدين ولو لم يتعرضا لسبب الاستحقاق أصلا فلا شركة بحال نص عليه فى المختصر وحيث قلنا بالشركة فى هذه الصورة فلو صالح المصدق المدعى عليه عن المقر به على مال نظر ان صالح باذن الشريك صح والا بطل فى نصيب الشريك وفى نصيبه قولا تفريق الصفقة وعن بعض الاصحاب تصحيح الصلح فى جميع المقر به لتوافق المتعاقدين وتقارهما وهو ضعيف ولو ادعيا دارا فى يده فأقر لاحدهما بجميعها فالجواب انه ان وجد من المقر له فى الدعوى مايتضمن اقرارا لصاحبه بان قال هذه الدار بيننا وما أشبه ذلك شاركه صاحبه فيها وان لم يوجد بل اقتصر على دعوى النصف نظر ان قال بعد اقرار المدعى عليه بالكل الكل لى سلم الكل له ولايلزم من ادعائه النصف إلا يكون الباقى الحوار ان (١) لاتساعده البينة فى الحال الا على النصف أو يخاف الجحود الكلى لو ادعي الكل وان قال النصف الآخر لصاحبي سلم اليه وان لم يثبته لنفسه ولا لصاحبه فيترك فى يد المدعى عليه أو يحفظه القاضى أو يسلم الى صاحبه الذى يدعيه فيه أوجه (أصحها) أولها وهى بتوجيهها تذكر فى موضعها *

قال ﴿ الثانية تنازعا جدارا حائلا بين ملكيهما فهو فى أيديهما فلو كان وجه الجدار أو الطاقات أو معاقد القمط الى أحدهما لم يجعل (م) صاحب يد لان كونه حائلا بينهما علامة ظاهرة للاشتراك فلا يغير بمثله وكذلك (ح) لو كان لاحدهما عليه جذوع بخلاف مالو شهدت بينة لاحدهما بالملك فى الجدار يصير (و) صاحب يد فى الأس اذ ليس فيه علامة الاشتراك وكذا راكب الدابة مع

(١) كذا بالاصل فحرر

أطلقنا القول بأن الكل بالكل ولم يظهر منه تفاضل (قلنا) كان من الواجب أنه اذاوجدت هذه الاختلافات يبطل العقد فى هذه الصور الاربع وأنتم تصححون العقدمع أن مقتضى الانقسام والتفاضل موجود اه ولا يرد على مافرضه من اختلاف الملك أن العقد غير صحيح كما لو كان لرجلين عبدين فباعاهما بثمن واحد لانه انما أراد بذلك الغرض ولأنه صحيح على أحد القولين وأيضاً فظاهر كلامه يقتضى أن الخصم يقول بصحته فيصح على طريق الالزام والله أعلم * وألزم أصحابنا الخصم بالتوزيع وإن كان يؤدي الى بطلان العقد كالو باع عبدا بألف نسيئة ثم اشتراه مع آخر بأكثر نقدافان عندهم

المتعلق بلجامها مختص باليد اذليس ثمت علامة قوية فى الاشتراك فالركوب ظاهر فى التخصيص أما وضع الجذوع فزيادة انتفاع فهو كزيادة الاقمشة فى الدار وكذلك اذا تنازع صاحب العلو والسفل فى السقف فهو فى يدهما (ح م) الا اذا كان بحيث لايمكن احداثه بعد بناء العلو فيكون متصلا بجدار صاحب السفل اتصال ترصيف وهو علامة اليد وكذا الجدار المتنازع فيه اذا اتصل بأحدهما اتصال ترصيف كان هو صاحب اليد ﴾ *

فى المسألة صورتان (إحداهما) اذا تنازعا جدارا حائلا بين ملكيهما فله حالتان (الاولى) أن يكون متصلا ببناء أحدهما دون الآخر اتصالا لايمكن احداثه بعد بنائه فيرجح جانبه لأن اتصاله به امارة ظاهرة على يده وتصرفه وصورته أن يدخل نصف لبنات من الجدار المتنازع فيه فى جداره الخاص ونصف من جداره الخاص فى المتنازع فيه ويتبين ذلك فى الزوايا وكذلك اذا كان لاحدهما أزج لايتصور احداثه بعد تمام الجدار بان أميل من مبدأ ارتفاعه عن الارض قليلا قليلاواذا ترجح جانبه حلف وحكم بالجدار له الا أن تقوم بينة على خلافه ولايحصل الرجحان بان يوجد الترصيف المذكور فى مواضع معدودة من طرف الجدار لامكان احداثه بعد بناء الجدار بنزع طوبة وادراج أخرى ولو كان الجدار المتنازع مبنيا علي خشبة طرفها فى ملك أحدهما وليس منها فى ملك الثانى شيء فالخشبة لمن طرفها فى ملكه والجدار المبنى عليها تحت يده ظاهرا قال الامام وليس المسألة خالية عن الاحتمال (والثانية) أن لا يكون متصلا ببناء أحدهما خاصة بل يكون متصلا ببنائهما جميعا أو منفصلا عنهما فهو فى أيديهما فان أقام أحدهما بينة قضى له والا حلف كل واحد منهما للاخر فان حلفا أونكلا جعل الجدار بينهما بظاهر اليد وان حلف أحدهما ونكل الاخر قضي للحالف بالكل وعلى (١) ويحلف كل واحد منهما على النصف الذى يسلم له أوعلى الجميع لانه ادعى الجميع فيه وجهان (أظهرهما) الاول وتكلم الشافعى رضى الله عنه فى هذا الموضع فى أمرين عدهما بعضهم من أسباب ترجيح أحدهماقال : ولانظر الى من اليه الخوارج أو الدواخل ولا انصاف اللبن ولا معاقد القمط .

(١) كذا بالأصل فحرر

لا يصح لأنه عاد إليه بالقسمة بأقل مما باع واعتذروا عن هذا الألزام بأن هنا فى مسألة العبد وجوه الصحة كثيرة بأن يجعل العقد الأول ألفا وما فوقه درهما درهما إلى أن يبقى درهم للعقد الثانى واذا كثرت الوجوه صار ما قابل الأول من هذه الأثمان مجهولاً فبطل كالو باع بثمن وفى البلد نقود وأبطل أصحابنا هذا الجواب بما اذا استأجر داراً بعشرة وأحدث فيها عمارة وا كراها باحدى عشرة (١) أجرة فانه يمكن أن يجعل فى مقابلة الدار درهما وما زاد درهما درهما الى أن يبقى درهم فى مقابلة العمارة فيبطل العقد ولم يفعلوا بل جعلوا قدر رأس المال في مقابلة الدار والزيادة فى مقابلة العمارة وصححوا (قال) أصحابنا

قال المفسرون لكلامه المراد بالخوارج الصور والكتابات المتخذة فى ظاهر الجدار بلبنات تخرج بجص أو آجر و بالداخل الطاقات والمحاريب فى باطن الجدار و بانصاف اللبن أن يكون الجدار من لبنات مقطعة فتجعل الأطراف الصحاح الى جانب وموضع الكسر الى جانب ومعاقد القمط يكون فى الجدران المتخذة من القصب أو الحصر وأغلب ما يكون ذلك فى الستور بين السطوح فتشد بحبال أو خيوط ور بما تجعل عليها خشبة معترضة و يكون العقد من جانب والوجه المستوى من جانب و به قال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله * وقال مالك رحمه الله يثبت الترجيح بالخوارج والدواخل و بان تلى الأطراف الصحيحة من اللبنات ملكه (وأما) فى معاقد القمط فنقل الشيخ الصيدلانى والمسعودي عن مذهبه أنه يرجح جانب من يلى ملكه الوجه المستوى منها لانه أحسن وهذا قياس ماذكرنا من أنصاف اللبنات ونقل غيرهما أنه يرجح جانب من يلى معاقد القمط ملكه ور بما وجهوه بانه اذا كان المعاقد اليه فالظاهر أنه وقف فى ملكه وعقده * لنا أن كونه حائلا بين الملكين علامة قوية في الاشتراك فلا تغير بهيئة الاسباب الضعيفة التى معظم القصد منها الزينة كالتجصيص والتزويق (والثانى) لو كان لأحدهما عليه جذوع لم يرجح جانبه به و به قال أحمد خلافا لابى حنيفة ومالك *واحتج لهما بأن الجارين لو تنازعا فى الجدار وشهدت بينة لاحدهما وقضي بها يصير المشهود له صاحب يد فى الأس فاذا اقتضى الجدار على الاساس الترجيح فى الاساس وجب أن يقتضي الجذوع على الجدار الترجيح في الجدار وأيضاً فان صاحب الجذوع مسئول عن الجدار يدا وتصرفا فرجح جانبه وان كان للآخر تعلق به كما لو تنازعا دابة وأحدهما راكبها والآخر آخذ باجامها أو ثوبا وأحدهما لابسه والآخر آخذ بطرفه * لنا أن وضع الجذوع لايدل على اليد والملك لوجهين (أحدهما) أن من العلماء من جوز وضع الجذوع على جدار الغير بغير اذن المالك فلعل مفتيا أفتى به له (والثانى) أنه لو دل عليهما لاستوى فيه القليل والكثير ألا ترى أن كون جميع الثوب فى يد الانسان وكون طرف منه فى يد واحد و بالعكس مالا يدل عليهما يستوى فيه القليل والكثير كالتجصيص والتزويق وقد

(١) بياض بالاصل فحرر

وقد تكثر وجوه الصحة في مسئلتنا وهو أن يبيع مد حنطة ومد شعير ومد تمر بمدى حنطة ومدى شعير بمدى تمر ومد تمر بمدى حنطة والوجه الآخر أن يجعل مدي حنطة بمد شعير ومدى شعير بمدى تمر ومدى تمر بمد حنطة وكذا مد حنطة ومد شعير بمد حنطة ومدى شعير فقد كثرت وجوه الصحة ومع ذلك جوزتم * والزمهم أصحابنا أيضاً اذا باع مداً ودرهما بمدودرهم وتصرفا ماقبل القبض بطل العقد عندهم وان أمكن تقدير مقابله لايشترط التقابض فيها بأن يجعل الدرهم بالمدفقدا تضح بهذه المباحث نظراً و إلزاما اتجاه القول بالتوزيع قال الفارقي وهذا أصل مقطوع به فأن الانسان لايبذل من العوض في

سلم أبو حنيفة رضي الله عنه أن الجذع الواحد لايقتضي الترجيح وفي الجذعين الخلاف عنه * اذا تقرر ذلك كان وضع الجذوع زيادة انتفاع من أحدهما كما اذا تنازعا دارا في يدهما وأقمشة أحدهما فيه أكثر لايرجح جانبه (وأما) مسألة الأس فان الامام وصاحب الكتاب صوراها كما ذكرنا ولم ينقلا فيها خلافا والعراقيون احتجوا لابي حنيفة بانهما اذا تنازعا في العرصة يعني بالعرصة ههنا الأس وهما متفقان على أن الجدار لاحدهما حيث يجعل صاحب الجدار صاحب اليد في العرصة فاعلم أن غرض الاحتجاج حاصل بهذا القدر و تصور اقامة البينة مستغنى عنه ثم أنهم في الجواب نقلوا في المسألة وجهين للاصحاب فان منعنا فذاك وان سلمنا وهو الاظهر فالفرق من وجهين (أحدهما) أن الجدار على العرصة دليل اليد والملك فيها لانه لم يجوز أحد البناء في عرصة الغير ووضع الجذوع بخلافه على مامر (والثاني) أن علامة الاشتراك ظاهرة في الجدار فانه كالجزء من كل واحد من الدارين فليس في العرصة علامة لاشتراك فاذن مسألة الأس كما لو تنازعا دارا لايسكنانها ولاحدهما فيها أمتعة ومسألة وضع الجذوع كما لو تنازعا دارا يسكنانها ولاحدهما فيها أمتعة زائدة (وأما) مسألة الدابة فهي ممنوعة بل هما سواء على قول أبي اسحق وعلى التسليم وهو المذهب فالفرق أن الركوب يقتضي اليد والملك وهو أقوي فاقتضى الترجيح ووضع الجذوع قد بينا أنه لايقتضى اليد والازج المبنى على رأس الجدار بعد تمامه على الامتداد كالسقف لامكان احداثه بعد بناء الجدار فاذا جعلنا الجدار في أيديهما وحلفا لم ترفع الجذوع بل تترك بحالها لاحتمال أنها وضعت بحق (الصورة الثانية) السقف المتوسط بين علو أحدهما وسفل الآخر كالجدار المتوسط بين الملكين فاذا تداعيا نظر ان لم يمكن احداثه بعد بناء العلو كالازج الذى لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو فيجعل في يد صاحب السفل لاتصاله ببنائه على سبيل الترصيف فان أمكن احداثه بعد بناء العلو بان يكون السقف عاليا فيثقب وسط الجدار وتوضع رؤس الجذوع في الثقب فيصير البيت بيتين فهو في أيديهما لاشتراكهما في الانتفاع به فانه أرض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفل وبهذا قال أحمد * وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفل في

مقابلة الردىء مايبذله فى مقابلة الجيد على أن إمام الحرمين اعترض على هذه الطريقة بأن العقد لا يقتضى فى وضعه توزيعا مفصلا بل مقتضاه مقابلة الجملة بالجملة أو مقابلة الجزء الشائع مما فى احد الشقين بمثله مما فى الشق الآخر بان يقال ثلث المد وثلث الدرهم يقابل ثلث المدين يعنى اذا باع مدا ودرهما بمدين ولا ضرورة الى تكليف توزيع يؤدى الى التفاضل وانما يصار الى التوزيع فى مسالة الشفعة لضرورة الشفعة (قال) والمعتمد عندى فى التعليل أنا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا واذا باع مدا ودرهما بمدين لم يحقق المماثلة فيفسد العقد (قال) الرافعي ولناصريها أن يقولوا أليس قد ثبت التوزيع المفصل فى مسألة الشفع ولولا كونه قضية العقد لكان

و به قال مالك فى رواية والاشهر عنه أنه لصاحب العلو (وأما) لفظ الكتاب فقوله فى أول المسألة فهو فى أيديهما يعنى اذا لم يتصل بملك احدهما اتصال ترصيف وقد استدرك ذلك و بينه في آخر صورة التنازع فى السقف (وقوله) لم يجعل صاحب اليد معلم - بالميم - و يمكن أن يقرأ قوله أو معاقد القمط بالرفع عطفا علي الوجه و بالجر عطفا على الجدار ولا يختلف الحكم عندنا لكن اذا حاولنا الاشارة الى مذهب مالك وأخذنا برواية المسعودى والصيدلانى فالوجه أن يقرأ بالجر (وقوله) وكذلك لو كان لاحدهما عليه جذوع بالحاء (وقوله) يصير صاحب يد فى الاس يجوز اعلامه بالواو لان الخلاف الذى أورده العراقيون فى الصورة التى ذكرناها جار ههنا بلا فرق وكذلك قوله مختص باليد للوجه المنقول عن أبى اسحق (وقوله) فى مسألة السقف فهو فى أيديهما معلم - بالحاء والميم - لما مر من مذهبهما *

قال ﴿ الثالثة علو الخان لواحد وسفله لآخر وتنازعا فى العرصة ان كان المرقى فى أسفل الخان فالعرصة فى يدهما وان كان فى دهليز الخان فوجهان ﴾ *

علو الخان لواحد وسفله لآخر وتنازعا فى العرصة أو الدهليز لم يخل أما أن يكون المرقى فى صدر الخان أو الدار أو الدهليز أو الوسط أو خارجه والخان والدار بجانب العرصة جعلت العرصة والدهليز بينهما لان لكل واحد منهما فيها يداً وتصرفاً من الطروق ووضع الامتعة وغيرها قال الامام وكان لايبعد أن يقال ليس لصاحب العلو الاحق الممر وتجعل الرقبة لصاحب السفل ولكن لم يصر اليه أحد من الاصحاب وان كان المرقى فى الدهليز أو فى الوسط فمن أول الباب الى المرقى بينهما وفيما وراء ذلك وجهان (أصحهما) أنه يجعل لصاحب السفل لانقطاع الآخر عنه واختصاصه بصاحب السفل يدا وتصرفا (والثانى) إنه يجعل بينهما لانه قد ينتفع به صاحب العلو بالقاء الامتعة فيه وطرح القمامات وان كان المرقى خارجا عن خطة الخان والدار فلا تعلق لصاحب العلو بالعرصة بحال ولو كانت المسألة بحالها فتنازعا فى المرقى وهو غير خارج فينظر إن كان فى بيت لصاحب السفل فهو فى يده وان كان فى

ضم السيف الى الشقص من الأسباب الدافعة للشفعة فانها قد تندفع بعوارض (وأما) قوله انا تعبدنا بتحقيق المماثلة فللخصم أن يقول تعبدنا بتحقيق المماثلة فيما اذا تمخضت مقابلة شيء منها بجنسه أم على الأطلاق (ان قلنا) بالثاني فممنوع (وان قلنا) بالأول فمسلم ولكنه ليس صورة المسألة والاعتراض الأول الذي اعترض به الرافعي على الأمام حق وقد نبهت عليه وعلى ما يقويه فيما تقدم نقله من كلام الأصحاب (وأما) الاعتراض الثاني فضعيف ولاسيما في الفرض الذي فرضه وهو اذا باع مدا ودرهما بمدين فانه يصح في هذه الصورة أنه باع تمرا بتمر لان الثمن الذي مع الدرهم مبيع قطعا ولا مقابل له الا تمر ومتى صدق أنه باع تمرا بتمر وجبت المماثلة بالنص وبمحض المقابلة فمدزائد لم يدل عليه دليل واعترض ابن الرفعة على الامام في جعله العمدة في التوزيع منسوبة للأصحاب فأنها عمدة الشافعي أيضاً وفي دعواه أن الشافعي رضى الله عنه اعتمد حديث القلادة قال ولم أر في كلام الشافعي تعرضا له ولأجل ذلك لم يذكره البيهقي عنه بل عن الأصحاب والله سبحانه أعلم *

﴿ فصل ﴾ اذا تقرر هذان الأصلان هان تقدير القاعدة المذكورة وليست كلها على مرتبة واحدة بل هي ثلاث مراتب كما تقدمت الأشارة اليه تارة يختلف الجنس وتارة يختلف النوع وتارة يختلف الوصف فلنفرد كل مرتبة بالكلام عليها (المرتبة الأولي) أن يختلف الجنس وهى التى صدر المصنف كلامه بها سواء كان كل منهما ربويا كمدعجوة ودرهم بمدى عجوة أو بدرهمين أو بمدعجوة ودرهم وكما اذا باع صاع حنطة وصاع شعير بصاع حنطة وصاع شعير أو صاعى حنطة أو صاعى شعير أو دينار ودرهم بدينار ودرهم أو بدينارين أو بدرهمين أو كان أحدهما ربويا فقط كثوب ودرهم بدرهمين أو بثوب ودرهم ولا يمكن أن يكون بثوبين لأن مال الربا حينئذ لم يتحد من الجانبين فلا يكون من صورة المسألة وكما إذا باع خاتما فيه فص بخاتم فيه فص أو لا فص فيه وهما

غرفة لصاحب العلو فهو في يده وان كان منصوبا في موضع المرقى فقد حكى القاضي ابن كج ان الاكثرين صاروا إلى أنه لصاحب العلو لعود منفعته اليه وان ابن خيران ذهب الى أنه لصاحب السفل وهذا هو الوجه كسائر منقولات الدار وان ثبت الاول فليخرج وجه في اندراج السلم الذى لم يسمر تحت تبع الدار وان كان المرقى مثبتا في موضعه كالسلم المسمر والاخشاب المعقودة فهو لصاحب العلو لعود فائدته اليه وكذا اذا كان مثبتا من لبن أو آجر اذا لم يكن تحته شيء وان كان تحته بيت فهو بينهما كسائر السقوف وان كان تحته موضع حب أو جرة فوجهان (عن) أبى اسحق وابن أبي هريره وغيرهما أنه كما لو كان تحته بيت والاصح انه يجعل لصاحب العلو لظهور بنائه لغرض صاحب العلو وضعف منفعة صاحب السفل والله عز وجل أعلم *

جميعاً

جميعاً فضة أو ذهب أو سيفا محلى بفضة بدراهم أو بسيف محلي بفضه أو سيفا محلى بذهب أو بسيف محلى بذهب أو قلادة فيها ذهب بذهب أو عبداً معه مال دراهم بدراهم أو دنانير بدنانير إذا اشترط كون المال للمشترى نص عليه فى البويطى وقد أطبق الأصحاب تبعاً للشافعى على بطلان البيع فى

كتاب الحوالة

قال ﴿ وهى معاملة صحيحة « لقوله ﷺ مطل الغني ظلم فاذا احيل أحدكم على ملى فليحتل » والنظر فى شرائطها وأحكامها * أما الشرائط (فالاول) رضا المستحق للدين والمستحق عليه (و) ايجاباً وقبولا * ورضا المحال عليه لايشترط (ح) لانه محل التصرف * وهل يشترط أن يكون على المحال عليه دين فيه وجهان * فان لم يشترط فحقيقته تجويز الضمان بشرط براءة الاصيل * وعند ذلك يشترط رضاه لامحالة ﴾ *

أصل الحوالة مجمع عليه ويدل عليه من جهة الخبر ماروى الشافعى رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «مطل الغني ظلم فاذا اتبع أحدكم على ملى فليتبع » ويروى «واذا احيل أحدكم على ملى فليحتل »(١) وهو معني اللفظ الاول قال فى الصحاح ويقال اتبع فلان بفلان اذا احيل له عليه والتبيع الذى لك عليه مال ثم الاشهر من الرواية « فاذا احيل أحدكم » - بالفاء - فعلى التقدير الاول هو مع قوله «مطل الغني ظلم » جملتان لاتعلق للثانية بالأولى لقوله ﷺ «العارية مردودة والزعيم الغارم» (٢) وعلى الثانى يجوز أن يكون المعنى فى الترتيب انه اذا كان المطل ظلما من الغنى فاذا احيل بدينه فان الظاهر انه يحترز عن الظلم ولا يمطل ثم الأمر فى قوله فليتبع أو فليحتل أمر استحباب وعن أحمد رضى الله عنه انه للوجوب * واعلم انه اذا كان لزيد عليك عشرة ولك على عمرو مثلها فأحلت زيدا على عمرو فانت محيل

كتاب الحوالة

(١) ﴿ حديث ﴾ الشافعى عن مالك عن أبى الزناد عن الاعرج عن أبى هريرة ان رسول الله ﷺ قال مطل الغنى ظلم واذا اتبع احدكم على ملى فليتبع متفق عليه من حديث مالك ورواه اصحاب السنن الا الترمذي من حديث أبى الزناد أيضا وأخرجوه من طريق همام عن أبى هريرة ورواه أحمد والترمذى من حديث ابن عمر نحوه (قوله) ويروى فاذا أحيل أحدكم على ملى فليحتل ويروى وإذا أحيل بالواو وهو أشهر وهو بمعنى الأول هى رواية لاحمد صحيحة وأما بالواو فهى فى مسلم وغيره (تنبيه) قال الخطابى أصحاب الحديث يقولون فليتبع بالتشديد وهو غلط وصوابه فليتبع بتاء ساكنة خفيفة *

(٢) ﴿ حديث ﴾ العارية مردودة والزعيم غارم سياتي بعد قليل *

ذلك كله إلا أن ينص فى بيعه فيقول المد فى مقابلة المد والدرهم فى مقابلة الدرهم كذلك صرح بأستثنائه جماعة من الأصحاب ابن السمانى وصاحب العدة والماوردى والرافعى وغيرهم ولا شك فيه واحتجوا فى ذلك بحديث فضالة المتقدم وبالأصلين اللذين تقدما ووجه الجهل بالمماثلة فيه أنه يحتمل أنه باع المد بالمد والمد الثانى بالدرهم ويحتمل غيره بأن يجعل بأكثر من المد أو بأقل منه فدل على أنه لما باع المثل بالمثل ولن يكون كذلك إلا إذا نص على وجه لا يحتمل غيره فأما إذا أطلق هو اطلاقا لم يحمل عليه من قبل الشرع على زعم المخالف فلا يكون هو تابعاً على الوجه الصحيح فبقى

وزيد محتال وعمرو محال عليه وقد كان لزيد عليك دين ولك على عمرو دين وجرت بينك وبين زيد مراضاة بها انتقل حقه الى عمرو فهذه ستة أمور لابد منها فى وجود الحواله ويشترط فى صحتها أمور (منها) ما يرجع للدينين (ومنها) ما يتعلق بالاشخاص الثلاثة وصاحب الكتاب حاول جمع الشروط واعرض عن تفصيل ما يفتقر اليه وجود الحوالة لوضوحه واكتفى بما يبينه فى سائر العقود • وأول ما نذكره أصل شديد التوغل فى مسائل الكتاب وهو أن الحوالة استيفاء حق أو بيع أو اعتياض وفيه وجهان أو قولان منسوبان إلى ابن سريج وغيره (أحدهما) أنها استيفاء حق كأن المحتال استوفى ما كان له على المحيل واقرضه المحال عليه ووجهه أنها لو كانت معاوضة لجاز أن يحيل بالشىء على أكثر منه أو أقل ولما جاز التفريق قبل القبض إذا كانا طعامين أو نقدين (وأظهرهما) وقد نص عليه فى باب بيع الطعام أنها بيع لأنها تبديل مال بمال فان كل واحد من المحيل والمحتال يملك بها مالم يملكه وهذا حقيقة المعاوضة وليس فيها استيفاء حق ولا اقراض محقق فلا يقدران وعلى هذا فهو بيع ماذا بماذا فى كتاب القاضى ابن كج أن القاضى أبا حامد خرجه على وجهين (أحدهما) أنها بيع عين بعين والا بطلت للنهى عن بيع الدين بالدين وكأن هذا القائل نزل استحقاق الدين على الشخص منزلة استحقاق منفعة تتعلق بعينه كالمنافع فى إجارات الأعيان (والثانى) وهو المنقول أنها بيع الدين بالدين فان حق الدين لا يستوفى من غير الشخص ولغيره أن يؤديه عنه واستثني هذا العقد عن النهى لحاجة الناس مسامحة وارفاقا ولهذا المعني لم يعتبر فيه التقابض كما فى القرض ولم يجز فيه الزيادة والنقصان لانه ليس بعقد مما كسة كالقرض وقال الامام وشيخه لاخلاف فى اشتمال الحوالة على المعنيين (الاستيفاء والاعتياض) والخلاف فى أن أيهما أغلب • إذا عرفت ذلك فشرح الشرط الأول أن تقول لاتصح الحوالة الا برضى المستحق للدين وهو المحتال والمستحق عليه وهو المحيل (أما) رضى المحتال عليه فلان حقه فى ذمة المحيل فلا ينفك الا برضاه كما أن الاعيان المستحقة للشخص لاتبدل إلا برضاه (وأما) رضى المحيل فلان له ايفاء الحق من حيث شاء فلا نعين عليه بعض الجهات قهراً وهل يشترط رضى المحال عليه؟ ينظر إن كانت

على الفساد ويزيد ذلك إيضاحا وهو أنه اذا باع مداً ودرهما بمدين فأما أن تكون قيمة المد الذى مع الدرهم أكثر من درهم أو أقل أو درهماً فان كان أكثر مثل أن تكون قيمته درهمين فيكون المد ثلثي ما فى هذه الطرق فيقابله ثلثا المدين من الطرف الآخر فيصير كأنه قابل مداً بمد وثلث وإن كانت قيمته أقل كنصف درهم فيكون المد ثلث ما فى هذا الطرف فيقابله ثلث المدين من الطرف فيصير كأنه قابل مداً بثلثي مد وان كانت قيمته درهما فلا تظهر المفاضلة والحالة هذه لكن المماثلة فيها تستند إلى التقويم والتقويم بخمسين قد يكون صوابا وقد يكون خطأ والمماثلة المعتبرة فى الربا هى المماثلة

الحوالة على من عليه دين للمحيل فوجهان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة يشترط رضاه لانه أحد أركان الحوالة فاشبه المحيل والمحتال لان الناس يختلفون فى الايفاء والاستيفاء وبهذا قال الاصطخرى والزبيرى وعن ابن القاص أنه منصوص عليه فى الام (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب وبه قال مالك وأحمد لاحاجة الى رضى المحال عليه لانه محل الحق والتصرف فصار كما إذا باع عبداً لايشترط رضاه لان الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل فى الاستيفاء وكيلا وبنوا الوجهين على أن الحوالة اعتياض واستيفاء (فان قلنا) بالاول فلا يشترط لانه حق المحيل فلا يحتاج فيه الى رضى الغير (وان قلنا) بالثانى فيشترط تعذر اقراضه من غير رضاه وان كانت الحوالة على من لادين عليه لم تصح دون رضاه لانا لو صححناها لالزمناه قضاء دين الغير قهراً وان رضى ففى صحة الحوالة وجهان بناهما الجمهور على الاصل المذكور (وان قلنا) انها اعتياض لم تصح لانه ليس على المحال عليه شيء حتي نجعله عوضا عن حق المحيل (وان قلنا) استيفاء فتصح كأنه أخذ المحتال حقه وأقرضه من المحال عليه وبهذا قال ابن الحداد وقال الامام الصحيح عندي تخريجه على الخلاف فى أنه هل يصح الضمان بشرط براءة الاصيل بل هذه الصورة عين تلك الصورة فان الحوالة تقتضى براءة المحيل فاذا قبل الحوالة فقد التزم على ان يبرىء المحيل وهذا ذهاب منه الى براءة المحيل وجعلها أصلا مفروغا عنه لكن فيه وجهان نقلهما القاضى ابن كج (أحدهما) أنه يبرأ على قياس الحوالات وهذا ما أورده الصيدلانى وأخذ به الامام (والثانى) هو الذى أورده الاكثرون أنه لايبرأ وقبول الحوالة ممن لادين عليه ضمان مجرد ثم فرعوا فقالوا (ان قلنا) لاتصح هذه الحوالة فلا شيء على المحال عليه فان تطوع وأداه كان كما لو قضى دين الغير (وان قلنا) يصح فهو كما لو ضمن فيرجع عل المحيل ان أدي باذنه وكذلك ان أدى بغير اذنه على أظهر الوجهين لجريان الحوالة باذنه وقبل الاداء هل يرجع على المحيل فيه وجهان بناء على أن المحيل هل يبرأ (ان قلنا) يبرأ فنعم لانتقال الملك الى ذمته بمجرد الحوالة (وان قلنا) لايبرأ فلا ضمان كما أن الضامن لايرجع على المضمون

الحقيقية * هذا كلام الرافعي رحمه الله تعالى وهو مقتضى كلام أكثر الأصحاب ولا فرق فى ذلك بين أن تكون قيمة المد مثل الدرهم أو لا على مقتضى اطلاق أكثر الأصحاب وادعي إمام الحرمين اتفاق الأصحاب عليه ولا فرق أيضاً بين أن يكون المدان من نوع واحد والدرهمان من ضرب واحد أم لا وخالف فى كل منهما مخالفون (أما) الأول فقاله القاضى أبوالطيب فى تعليقه إنهما لو علما قبل العقد أن قيمة المد مثل الدرهم وتبايعا على ذلك إن ذلك جائز لأنهما متماثلان وإنما يكون ربا إذا كان التفاضل معلوما أو التماثل مجهولا وهذا الذى قاله يبعده أن القيمة أمر تخميني لا يكتفى به فى الربا الا ترى أنه لو باع صبرة بصبرة تخميناً لم يصح وهذا الذى قاله القاضى أبو الطيب لم أر من وافقه عليه

عنه قبل الاداء وان طالبه المحتال بالاداء فله مطالبة المحيل بتخليصه وهل له ذلك قبل مطالبة المحتال فيه وجهان كالوجهين فى مطالبة الضامن ولو أبرأ المحتال لم يرجع على المحيل بشيء ولو قبضه المحتال ثم وهبه منه ففى الرجوع وجهان ينظر فى أحدهما الى أن الغرم لم يستقر عليه وفى الثانى الى أنه عاد اليه بتصرف مبتدأ قبل الدخول ولو ضمن عنه ضامن لم يرجع على المحيل حتى يأخذ المحتال منه المال أو من ضامنه ولو أحال المحتال على غيره نظر ان أحاله على من عليه دين رجع على محيله بنفس الحوالة لحصول الاداء بها وان أحال على من لادين عليه لم يرجع مالم يرجع عليه الذى أحال عليه (وأما) لفظ صاحب الكتاب فقوله المستحق عليه أعلمه بعضهم بالواو لانا اذاجوزنا الحوالة على من لادين عليه فلوقال من لادين عليه للمستحق أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسي فقبلت صحت الحوالة فاذن لايشترط ههنا رضى المحيل وانما يشترط رضى المحتال والمحال عليه (وقوله) ايجاباً أشار به الى أن المعتبر وان كان هو الرضى الا أن طريق الوقف على تراضيهما انما هوالايجاب والقبول على مامر فى البيع ولو قال المحتال احلني على فلان فقال أحلت ففيه الخلاف المذكور فى نظيره فى بيان الاستحباب والايجاب فى البيع وفى جرجانيات ابى العباس الرويانى طريقة أخرى قاطعة بالانعقاد لان الحوالة اجيزت رفقاً بالناس فيتسامح فيها بما لايتسامح فى غيرها ورضى المحال عليه لايشترط معلم بالحاء والواو (وقوله) فان لم يشترط تحقيقه تجويز الضمان بشرط براءة الاصيل الى حقيقة عدم الاشتراط فلو صرفنا الكناية الى هذا العقد لكان الوجه أن يقال فحقيقته الضمان بشرط براءة الاصيل لان حقيقة العقد لاتكون تجويز الضمان بل لو كانت لكانت نفس الضمان *

قال ﴿ الثانى أن يكون الدين لازماً أو مصيره الى اللزوم * فتصح (و) الحوالة على الثمن فى مدة الخيار فان فسخ البيع انقطعت الحوالة * وفى نجوم الكتابة خلاف * قيل يحال بها ولا يحال عليها ﴾ *

إلا المصنف هنا وفي التنبيه فأن عبارته تقتضيه وتابعه على ذلك الشاشي فى الحلية وابن أبى عصرون ووافقهم الجرجانى فى الشافى وأطلق أنهما إذا كانا متساويين فى القيمة يجوز وأخذه الرويانى من قول الشافعى فى تعليل المسألة حتى يكون التمر بالتمر مثلا بمثل وقال إن ظاهره يقتضى جواز البيع فى مد عجوة قيمته درهم مع درهم بمدى عجوة قيمة كل واحدمنهما درهم لأنا إذاوزعنا الدرهم على المدين خص كل مد نصف درهم و إذاوزعنا المد الذى مع الدرهم خص كل مد من المد الموزع نصفه فيصير بيع مدقيمته درهم بنصف مد قيمته ونصف فيقع نصف المد بازاء نصف المد ولايؤدى الى التفاضل كما يؤدى إلى التفاضل

الدين ينقسم إلى ماليس بلازم والى ماهو لازم أما غير اللازم ففيه مسألتان مذكورتان فى الكتاب (إحداهما) الثمن فى مدة الخيار هل تجوز الحوالة به بان يحيل المشترى البائع على رجل وعليه بان يحيل البائع رجلا على المشترى فيه وجهان (أحدهما) ويحكي عن القاضى أبى حامد أنه لايجوز لانه ليس بلازم (وأصحهما) الجواز لأنه صائر إلى اللزوم والخيار عارض فيه فيعطى حكم اللازم وفى التتمة أن هذا الخلاف مبنى على أن الحوالة معاوضة أو استيفاء (أن قلنا) معاوضة فهى كالتصرف فى المبيع فى زمان الخيار (وان قلنا) استيفاء فتجوز (وان قلنا) بالمنع فهل ينقطع به الخيار فيه وجهان نقلهما الشيخ أبو على فى شرح الفروع (أحدهما) لالحكمنا ببطلانه و بتنزيلنا إياه منزلة العدم (وثانيهما) نعم لأن التصرف فى عوض العقد يتضمن الرضا وابطال الخيار (وان قلنا) بالجواز فالذي أورده الامام وصاحب الكتاب أنه لايبطل الخيار ولو اتفق فسخ البيع انقطعت الحوالة لانها انما صحت على تقدير اقتضاء البيع إلى اللزوم فاذا لم يقصد اليه ارتدت الحوالة ومنقول الشيخ ومختاره بطلان الخيار لان قضية الحوالة اللزوم فلو بقي الخيار لما صادفت الحوالة مقتضاها وكانت هذه الحوالة كالحوالة على النجوم * واعلم أنا إذا قضينا ببطلان الخيار ففيما اذا أحال البائع المشترى علي ثالث بطل خيارهما جميعاً لتراضيهما وفيما اذا أحال البائع رجلا على المشترى لايبطل خيار المشترى الا اذا فرض منه قبول ورضى (الثانية) اذا أحال السيد غريماً له على مكاتبه بالنجوم ففيه وجهان (أحدهما) وبه قال الحليمى أن الحوالة جائزة لأن النجوم دين ثابت على المكاتب فاشبه سائر الديون (وأصحهما) المنع لأن النجوم غير لازمة على المكاتب وله اسقاطها متى شاء فلا يمكن الزامه الدفع الى المحتال ولو أحال المكاتب السيد على انسان فجواب الأكثرين صحة الحوالة لان ماأحاله عليه مستقر والكتابة لازمة من جهة السيد فمتى أدى المحال عليه وجب على السيد القبول وقيل بالمنع من هذا الطرف أيضا اذا جمعت بين الصورتين حصلت ثلاثة أوجه على ماذكر فى الكتاب (أحدها) جواز احالة المكاتب بالنجوم واحالة السيد على النجوم وهذا منسوب فى النهاية الى ابن سريج (وثانيها) منعهما جميعاً

فى الصورة الأولى ونقل عن الأمام أبى محمد الجويني أنه قال سمعت بعض من رجعت اليه في هذا العصر (١) من أئمة أصحابنا يجوز هذا البيع ويحتج بتعليل الشافعي قال الأمام الروياني وعندى أنه لم يسبق الى هذا التخريج والذى عليه عامة أصحابنا قديما وحديثاً أن البيع باطل ههنا أيضاً لأصل آخر سوى المعاملة وذلك أن التحرى فى مسائل الربا ممنوع كما نص عليه قبل هذه المسألة والتقويم ضرب من التخمين ثم قال وقال القاضى الأمام الطبري فى المنهاج لا يختلف المذهب أنه يجوز فى هذه الصورة إذا تحققنا المماثلة وهو الصحيح وقد تحقق ذلك اذا اجتنيا من شجرة واحدة بحيث تتحقق المساواة ولا مجال للتحرى فى ذلك بوجه قال والتشكيك فى مثل

(١) كذا بالاصل فحرر

و به قال القاضى ولم يذكر فى التهذيب غيره (وأظهرها) جواز احالة المكاتب بها ومنع احالة السيد عليها ولو كان للسيد على مكاتبه دين معاملة فاحاله عليه قال فى التتمة ينبني على أنه لو عجز نفسه هل يسقط ذلك الدين (ان قلنا) نعم لم يصح والاصح وبما يدخل فى هذا القسم الجعل فى الجعالة والقياس أن يجيء فى الحوالة به وعليه ولا فرق بين أن يتفق الدينان فى سبب الوجوب أو يختلفان كما اذا كان أحدهما ثمنا والآخر أجرة اوقرضا أو بدل متلف وكل دين جوزنا الحوالة به وعليه من القسمين فذلك اذا كان مثليا كالأثمان والحبوب وان كان متقوما كالثياب والعبيد فوجهان (أصحهما) و به قال ابن سريج أنه كالمثلى لثبوته فى الذمة ولزومه (والثانى) المنع لان المقصود من الحوالة ايصال المستحق الى الحق من غير تفاوت وهذا الغرض لا يتحقق فيما لا مثل له ولا بد من العلم بقدر المحال به وعليه وصفتها نعم لو أحال باقل الدية أو عليها وفرعنا على جواز الحوالة فى المتقومات فوجهان أو قولان بناء علي جواز المصالحة والاعتياض عنها والاصح المنع للجهل بصفاتها *

قال ﴿ الثالث أن يكون ما على المحال عليه مجانسا لما علي المحيل قدراً ووصفا * فلو كان بينهما تفاوت يفتقر فى أدائه عنه الى المعاوضة لم يجز * وان لم يفتقر بل أجبر علي قبوله كأداء الجيد عن الردىء جاز (و) * وان افتقر الى الرضا دون المعاوضة ففيه خلاف (و) ﴾*

كان الفصل السابق مسوقا لبيان الصفات المشروطة فى كل واحد من الدينان فالغرض الآن بيان الشروط بالدينين وفيه صور (احداها) يجب أن يكون الدينان من جنس واحد ولو أحال بالدراهم علي الدنانير أو بالعكس لم يصح (أما) اذا جعلنا الحوالة استيفاء فلأن مستحق الدراهم اذا استوفاها وأقرضها فمحال أن ينتقل حقه الى الدنانير (وأما) اذا جعلناها معاوضة فلأنها وان كانت معاوضة فليس هى على حقيقة المعاوضات التى يقصد بها تحصيل ماليس بحاصل من جنس مال أو زيادة قدر أو صفة وانما هى معاوضة ارفاق ومسامحة للحاجة فاشترط فيها التجانس والتساوى فى القدر والصفة كما فى القرض قال صاحب التتمة ونعني بقولنا ان هذه الحوالة غير صحيحة أن الحق لا يتحول

هذا الموضع نوع من الوسواس وهذا اصح عندى والله أعلم * ولذلك جزم الرويانى فى الحلية بأنه لو تحقق المساواة بأن اجتنيا من شجرة واحدة من غصن واحد يجوز ونقل عنه أنه قال فى التجربة أنه المذهب وغلط من قال بخلافه وكلهم فرضوا المسألة فيما اذا باع مدًّا ودرهماً بمدين وشبهه ونقل القاضى حسين فيما اذا باع مداً ودرهما بمد ودرهم والمدان من نوع واحد والدرهمان من ضرب واحد وجهين وكذلك صاحب القيمة فيما اذا باع درهما وديناراً بدرهم ودينار والدرهمان من ضرب واحد أو باع صاع

بها من الدنانير الى الدراهم و بالعكس ولكنها اذا جرت فهى حوالة على من لادين عليه والحكم فيها مامر (والثانية) يجب أن يتساويا فى القدر فلا يحال بخمسة على عشرة ولا بعشرة على خمسة لما ذكرنا أن هذا العقد لم يوضع لتحصيل زيادة أو حط شيء وانما وضع ليصل كل واحد من المستحقين الى حقه وفى الاحالة بالقليل على الكثير وجه أنها جائزة وكأن المحيل تبرع بالزيادة (والثالثة) فى اشتراط تساويهما فى الحلول والتأجيل وجهان (أصحهما) الاشتراط الحاقا للوصف بالقدر (والثانى) يجوز أن يحيل بالمؤجل على الحال لان للمحيل أن يعجل ماعليه فاذا أحال به على الحال فقد عجل ولا يجوز أن يحيل بالحال على المؤجل لان حق المحتال حال وتأجيل الحال لايلزم ولو كانا متأجلين بأجلين مختلفين لم تجز الحوالة بينهما على الوجه الاول وعلى الثانى يحال بالمكسر على الصحيح و يكون المحيل متبرعا بقيد الصحة ولا يحال بالصحيح على المكسر والا كان المحتال تاركا صفة الصحة رتبوه ليحيله المحيل و يخرج على هذا حوالة الاردأ على الاجود و بالعكس فى كل جنس (وقوله) فى الكتاب فلو كان بينهما تفاوت الى آخره تفصيل ماأجمله بقوله أن يكون ماعلى المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا ومثال مايفتقر فى أدائه عنه الى المعاوضة أن يختلف الجنس فيكون على أحدهما دراهم وعلى الآخر دنانير فان الاستبدال بأحد الجنسين عن الآخر اعتياض محض (وقوله) وان لم يفتقر بل أجبر على قبوله كاداء الجيد عن الردىء فهو مثل أداء الصحيح عن المكسر وتعجيل المؤجل حيث يجبر المستحق على القبول وهذا الكلام يتفرع على الصحيح فى أن المديون اذا أتى بأجود مما عليه من ذلك النوع يجبر المستحق على قبوله وفيه خلاف قد سبق فى باب السلم (وقوله) ان افتقر الى الرضا دون المعاوضة فهو كأداء الردىء عن الجيد فانه يجوز قبوله ولا يكون ذلك معاوضة هذا بيان ماذكره وفيه رواية خلاف للاصحاب فى جواز الحوالة بالجيد على الردىء والاشارة الى الجزم بجواز حوالة الردىء على الجيد وهو يخالف نقل الجمهور فى الطرق ولم نجد فى كتاب الامام مايوافقه *

قال ﴿ أما حكمها فبراءة المحيل (ح) عن دين المحال وتحول الحق الى المحال عليه و براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل * فلو أفلس المحال (ح) عليه أو جحد لم يكن (ح) للمحتال الرجوع

حنطة وصاع شعير بصاع حنطة وصاع شعير وصاعا الحنطة من صبرة واحدة وصاعا الشعير كذلك ونقل عن القاضي حسين أنه كان يختار الصحة في ذلك على أن كلامه في الأسرار يقتضي الفساد وهذا هو الأمر الثاني الذي وقع الخلاف فيه وهو أخص من الأول وان كان بينهما بعض الموافقة ويمكن أن يكون خلافا واحداً وانما اختلفت العبارة في تصوير المسأله واطلاق أكثر الأصحاب لم يفصلوا في ذلك وكذلك نصوص الشافعي المتقدمة اذا تاملتها لم يعتبر فيها القيمة الا في اختلاف النوع وأما في اختلاف الجنس فانه

على المحيل اذا حصلت البراءة مطلقة * ولو كان الافلاس مقرونا بالحوالة وهو جاهل فالاظهر ثبوت الخيار ﴾ *

اذا جرت الحوالة بشرطها برىء المحيل عن دين المحتال وتحول حق المحتال الى ذمة المحيل عليه و برىء المحال عليه عن دين المحيل حتى لو أفلس المحال عليه ومات أو لم يمت أو جحد وحلف لم يكن للمحتال الرجوع على المحيل كما لو اخذ عوضا عن الدين وتلف في يده وبهذا قال مالك وأحمد وذهب أبو حنيفة الي أنه يرجع فيما إذا مات مفلسا وفيما اذا جحد وحلف * واحتج الشافعي رضي الله عنه بوجهين (أحدهما) أن النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث المروى في أول الباب تعرض للملاءة فقال «اذا احيل أحدكم على ملىء فليحتل» ولا يمكن المحتال من الرجوع لما كان فتأخره للملاءة كبير فائدة (والثاني) أن الحوالة اما أن يتحول بها الحق عن المحيل أو لا يتحول ان تحول فقد برئت ذمته فوجب ألا يعود اليه كما لو أبرأه وان لم يتحول فلتدم المطالبة كما في الضمان فلو شرط في الحوالة الرجوع بتقدير الافلاس والجحود ففي صحة الحوالة وجهان وان صحت ففي صحة الشرط وجهان حكاهما القاضي ابن كج * هذا إذا طرأ الافلاس أما إذا كان مقرونا بالحوالة وجهله المحتال نظر إن لم تجر بشرط الملاءة فالمشهور أنه لا رجوع للمحتال ولا خيار له وما يلحقه من الضرر فهو نتيجة ترك التفحيص فصار كما لو اشترى شيئا وكان مغبونا فيه ونقل الامام وجها انه يثبت له الخيار تداركا لما لحقه من الخسران كما لو اشترى شيئا فبان معيبا وبهذا قال مالك وان شرط ملاءة المحال عليه فبان مفلسا فان قلنا بثبوت الخيار عند الاطلاق فههنا أولى وان منعنا ثم فما الحكم نقل المزني انه لا يرجع فأنكره ابن سريج من قول الشافعي رضي الله عنه وقال يرجع كما لو اشترى عبدا بشرط انه كاتب فبان خلافه ثبت له الخيار وعامة الاصحاب على صحة نقل المزني واختاروا عدم الرجوع لانه لو ثبت الرجوع بالخلف في شرط اليسار لثبت الرجوع عند الاطلاق لان الاعسار نقص في الذمة كالعيب في المبيع يثبت الخيار سواء شرطت السلامة عنه أو لم تشترط ويخالف شرط الكتابة فان فواتها ليس بنقيصه وانما هو عدم فضيلة واذا جمع بين صورتي الاطلاق والاشتراط حصل في ثبوت الخيار ثلاثة أوجه (ثالثها) الفرق بين الصورتين وقد جمع الامام الوجوه هكذا وقرب التردد في المسأله من التردد في أن

أطلق القول بالفساد ولم يقيده وهو مقتضى التمسك بحديث فضالة المذكور لأن النبي ﷺ لم يستفصل عن قيمة الخرز الذي مع الذهب وهل يقتضي التوزيع تفاضلا أولا فكان الحكم عاما وذكر الروياني من حجة المانعين إنه اذا باع درهما وديناراً بدرهم ودينار من ضرب واحد فالدينار يقابل مايخصه من الدينار والدرهم معاً لو خرج الدينار مستحقاً أومعيباً يرد بعض الدينار وبعض الدرهم باعتبار التقسيط بالقيمة * مثاله قيمة الدينار عشرة دراهم معه درهم فالجميع أحد عشر فنجعل الدينار أحد عشر جزءا

الحوالة استيفاء أو اعتياض فقول صاحب الكتاب فالاظهر من ثبوت الخيار أراد من هذه الوجوه على ماهو مبين في الوسيط وترجيح الوجه الصائر الى ثبوت الخيار يخالف اختيار علمة الاصحاب سيما في حالة الاطلاق فاعرف ذلك (فرعان) أحدهما صالح مع أجنبي عن دين على عين ثم جحد الاجنبي وحلف هل يعود الى من كان عليه الدين قال القاضي الحسين نعم و يفسخ الصلح وعن حكاية الشيخ أبي عاصم انه لايعود *

(الثاني) خرج المحال عليه عبدا فان كان لأجنبي والمحيل دين في ذمته صحت الحوالة كما لو أحال على معسر وتبعه المحتال بعد العتق وهل له الرجوع على المحيل فيه خلاف مرتب على مااذا بان معسرا وأولى بان يرجع وان كان عبدا للمحيل فان كان له في ذمته دين بان ثبت قبل أن يملكه وفرعنا على انه لايسقط اذا ملكه فهو كما لو كان لاجنبي وان لم يكن في ذمته فالحوالة عليه حوالة على من لادين عليه فان صححناها وقلنا انها ضمان فهذا ضمان العبد عن سيده باذنه وسيأتي حكمه في الضمان ولا يخفى فيما ذكرنا حكم مالو كان لاجنبي ولم يكن المحيل عليه دين *

قال ﴿ ولو أحال المشترى بالثمن على انسان فرد عليه المبيع ففي انفساخ الحوالة قولان (و) أظهرها أنها تنقطع فلن كان ذلك قبل قبض المبيع فأولى بأن تنقطع و إن كان بعد قبض المحتال مال الحوالة فأولى بأن لاتنقطع فلو أحال البائع على المشترى فأولى بأن لاينقطع وهو الظاهر لانه تعلق الحق بثالث ومنشأ الخلاف تردد الحوالة بين مشابه الاستيفاء والاعتياض فان قلنا لاينفسخ فللمشترى (و) مطالبة البائع بتحصيله ليغرم له بدله أو بتسليم بدله اليه في الحال إذا لم يكن قد قبض البائع بعد مال الحوالة * وإن قلنا ينفسخ ولم يكن قد قبض فليس له القبض فأن فعل فالاصح (و) أنه لايقع عن المشترى لان الحوالة انفسخت والاذن الذي كان ضمناله لايقوم بنفسه ﴾ *

المسائل المذكورة من هذا الموضع الى آخر الباب من تخريجات المزني على أصول الشافعي رضي الله عنه وتخريجه وصورة مسألة الفصل مااذا اشترى عبدا بمائة مثلا واحال المشترى البائع بالثمن على رجل ثم

فيسترد في مقابلة الدينار عشرة أجزاء من الدينار وعشرة أجزاء من درهم فيكون بين الذهب والفضة تفاوت فى القيمة فيحتاج أن يقسط الدينار علي ما حصل فى مقابلته من الدينار والدرهم وإذا قسطنا يؤدى إلى التفاضل أو الجهل بالتماثل * هذا كلام الروياني ويحتاج الى تأمل * علي أن الروياني لايختار ذلك بل يختار الصحة كما تقدم عنه والأول هو المشهور المعتمد * وقد صرح الروياني فى الأبانة بذلك فقال لا يصح - وان قال أهل العلم - هما متفقان فى القيمة لأنهم يخبرون عن الاجتهاد وربما يتفاوت عرف أن تقييد الشيخ بالمخالفة فى القيمة وجه فى المهذب وان كان الصحيح المشهور غيره (وأما) الشيخ

اطلع على عيب قديم العبد فرده . قال المزنى فى المختصر تبطل الحوالة ونقل عنه فى الجامع الكبير انها لاتبطل وللاصحاب ثلاثة طرق (أحدها) ان فى بطلان الحوالة قولين (اظهرهما) عند القاضى ابن كج وصاحب الكتاب وغيرهما أنها تبطل وتنقطع وهما مبنيان على أن الحوالة إستيفاء أو اعتياض (أن قلنا) أنها استيفاء انقطعت لان الحوالة على هذا التقدير نوع ارفاق ومسامحة فاذا بطل الاصل بطل هبة الارفاق التابعة له كما لو اشترى شيئا بدراهم مكسرة وتطوع باداء الصحاح ثم رده بالعيب فانه يسترد الصحاح ولا يقال يطالب بمثل الكسر ليبقى التبرع بصفة الصحة (فان قلنا) انها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل من الثمن ثوبا ثم رد المبيع بالعيب فانه لايبطل الاستبدال بل يرجع بمثل الثمن على أن القاضيين أبا الطيب والروياني منعا هذه المسألة وجعلاها كمسألة الحوالة وقد تقدمت المسألة فى فصول الرد بالعيب (والطريق الثانى) وبه قال ابواسحق وابن أبى هريرة وأبو الطيب بن سلمة القطع بالبطلان وتكلم هؤلاء فيما نقل عن الجامع الكبير فعن القاضى أبى حامد أنه قال نظرت فى نسخ منه فلم أجد خلاف مافى المختصر (والثالث) وبه قال صاحب الافصاح القطع بعدم البطلان وربما أول أصحاب الطريقين الأخيرين وجمعوا بين نصى المزني بوجوه (أحدها) حمل مافى المختصر على ماذا كان العيب بحيث لايمكن حدوثه فى يد المشترى أو كان يمكن حدوثه الا أن البائع أقر بعدمه وحمل مافى الجامع على ماذا ثبت قدمه بالبينة ورده والفرق أن فى الحالة الاولى اعترف البائع بسقوط الثمن عند الفسخ (وأما) فى الحالة الثانية فانه يزعم بقاء حقه واستمرار الحوالة فلا يمنع من مطالبة المحال عليه بدعوى المشترى (والثانى) حمل الاول علي ماذا تذكر ذلك فانه اذا لم يذكر لاينبغى أن يعود اليه لبراءة ذمته عن حقه ظاهرا (والثالث) أن نص البطلان مفرع على أن الحوالة تفتقر الى رضى المحال عليه فان الحوالة له حينئذ تتم بالثلاثة فلا تنقطع بموافقة اثنين (والرابع) حمل نص البطلان على ماذا كانت الحوالة على من لادين عليه ورضي المحال عليه فانه اذا سقط الثمن انقطع تطوعه وسقطت المطالبة عنه ثم ههنا نظران (أحدهما) هل تفترق الحال بين ماذا كان الرد بالعيب بعد

تاج الدين الفزاري في شرح التنبيه فانه قال ان ذكر المخالفة في القيمة لا معني له فان المخالفة فيها ليست شرطاً بل لو كان التساوي مجهولا كفي في البطلان ولو كانت العجوة من شجرة واحدة وقيمة المد درهم بحيث يغلب علي الظن جعل المد في مقابلة المد والدرهم في مقابلة المد الآخر فالمذهب البطلان قال وفيه وجه يبعد حمل كلامه علي ارادته لغرابة الوجه ولأن المصحح ثم اتفاق القيمة لا عدم اختلافها ثم هو غير مطابق للمثال فان الجنس العجوة والعوض المخالف الدرهم ولا يقال في الدرهم انه مخالف في القيمة لأنه في نفسه قيمة فلو كان كمد عجوة ومد حنطة لكان أجود (قلت) أما

قبض المبيع أو قبله حكى صاحب النهاية عن بعض الاصحاب أن محل الخلاف ما اذا كان الرد بعد قبض المبيع فان كان قبله انقطعت الحوالة بلا خلاف لكون المبيع معرض للانفساخ وعدم تأكده ولهذا جعلنا الفسخ قبل القبض ردا للعقد من أصله على رأي ثم زيف ذلك وقضي بطرد القولين في الحالين وهذا قضية إطلاق عامة الاصحاب * واعلم أن قضية الطريقين معا تجويز الاحالة بالثمن قبل قبض المبيع لكنه قبل القبض غير مستقر وقد اشتهر في كتب السلف من أئمتنا أن من شرط الحوالة استقرار ما يحال به ويحال عليه وللمسعودي اشارة الى منع الحوالة بالثمن قبل قبض المبيع لانه غير مستقر واستشهد عليه أن المزني تعرض في صورة المسألة للمبيع واشتراطه وانما فعل ذلك لهذا المعني والله أعلم (النظر الثاني) هل تفترق الحال بين أن يتفق الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة أوقبله وفيه طريقان (أحدهما) أن الحوالة لاتنقطع اذا اتفق الرد بعد القبض جزما والخلاف مخصوص بما اذا كان ذلك قبل القبض والفرق تأكد الامر بالقبض فتبرأ ذمة المحال عليه وهذا ما أورده أصحابنا العراقيون والشيخ أبو علي (والثاني) طرد القولين في الحالين وهو اختيار صاحبي التهذيب والتتمة والاكثرين وهذا كله فيما اذا أحال المشترى البائع على رجل ولو أحال البائع رجلا علي المشترى فمنهم من طرد القولين وقطع الجمهور بانه لاتنقطع الحوالة وسواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري أو لم يقبضه والفرق أن الحوالة ههنا تعلق بها حق غير المتعاقدين وصار كما لواشترى عبدا بجارية وقبضه وباعه ثم وجد بائع العبد بالجارية عيبا فردها لاينفسخ البيع الثانى لانه تعلق به حق ثالث فاذن القولان مخصوصان بالصورة السابقة ولنفرع عليهما (ان قلنا) لاتبطل الحوالة فلا يطالب المشترى أن يحال عليه بحال ولكن يرجع علي البائع فيطالبه ان كان قد قبض مال الحوالة ولا يتعين حقه فيما أخذ بل له ابداله لبقاء الحوالة صحيحة وان لم يقبضه فله أن يقبضه وهل للمشترى الرجوع عليه قبل قبضه فيه وجهان (أحدهما) نعم لأن الحوالة كالمقبوضة ألا ترى أن المشترى اذا أحال البائع بالثمن سقط حق الحبس والزوج اذا أحال المرأة بالصداق سقط حق حبسها (واصحهما) عند

استبعاده ارادته لغرابته فليس كذلك لان القاضى أبا الطيب قاله كما علمت وهو شيخ المصنف فلم يخف عنه وليس غريبا فى حقه (وأما) كون المصحح على ذلك الوجه اتفاق القيمة لا عدم اختلافها فالمدرك الذى بنيت عليه المسألة هو التوزيع والتفاوت فيه شيء غير اختلاف القيمة فلذلك جعله وصفا فى البطلان ولم يجعل عدم الاختلاف مصححا على أنه متى كان شرطا فلابد من تحققه وليس بين تحقق عدم الاختلاف ووجود الاتفاق واسطة فنبه الشيخ بذلك على الحالة التى يظهر فيها القول بالبطلان (وأما) لو كان التساوى مجهولا فقد عرف من قواعد الربا أن الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة

الصيدلانى وغيره أنه لا يرجع لانه لم توجد حقيقة القبض وان كان للحوالة حكم القبض والغرامة انما تكون بحسب القبض (فان قلنا) لا يرجع المشترى عليه قبل أن يقبض فله مطالبته بتحصيل مال الحوالة ليرجع عليه لان البائع انما ملك مطالبة المحال عليه من جهته فكيف يمنعه من المطالبة مطلقا وفيه وجه بعيد أنه لا يملك المطالبة بالتحصيل أيضاً (وان قلنا) تبطل الحوالة فان كان قد قبض المال من المحال عليه فليس له رده عليه لأنه قبض باذن المشترى ولو رده لم تسقط مطالبة المشترى عنه بل حقه الرد على المشترى ويتعين حقه فيما قبضه فان كان تالفا فعليه بدله وان لم يكن قبضه فليس له قبضه لانه عاد الى ملك المشترى كما كان ولو خالف وقبض لم يقع عنه وفي وقوعه عن المشترى وجهان عن الشيخ أبي محمد (أحدهما) يقع لانه كان مأذونا فى القبض بجهة فان بطلت تلك الجهة بقى أصل الاذن (وأصحهما) المنع لان الحوالة قد بطلت والوكالة عقد آخر يخالفها واذا بطل عقد لم ينعكس عقدا آخر وقرب الشيخ هذا الخلاف من الخلاف الذى مر فى أن من يحرم بالظهر قبل الزوال هل تنعقد صلاته نفلا (وأما) فى صورة احالة البائع على المشترى اذا فرعنا على الصحيح وهو أن الحوالة لا تبطل برد المشترى المبيع بالعيب فان كان المحتال قد قبض الحق من المشترى رجع المشترى على البائع وان لم يقبضه يرجع المشترى عليه أولا يرجع الا بعد القبض فيه الوجهان السابقان * ثم نتكلم فيما نحتاج اليه من الفاظ الكتاب (قوله) فى صورة المسألة ورد عليه المبيع يشمل الرد بالعيب والتخالف والاقالة وغيرها وهو مستمر على اطلاقه فلا فرق بين الرد بالعيب وغيره وقيل قولان يجوز اعلامه بالواو للطريقين النافيين للخلاف (وقوله) فاولى أن لا ينقطع أشار بالترتيب المذكور فى الصورتين الى ما شرحنا من الطريقين (وقوله) فيما اذا أحال البائع على المشترى فاولى بان لا ينقطع وهو الظاهر مع قوله فلولى أن لا ينقطع لما قدمنا فى مواضع لان أولوية الترتيب لا تفيد الرجحان وانما تفيد كون الحكم الموصوف بالاولوية أرجح منه فى الصورة المرتب عليها (وقوله) ومنشأ الخلاف تردد الحوالة بين مشابهة الاستيفاء والاعتياض يوافق ما ذكره الامام أن فيها شبهاً من كل واحد منهما والكلام في التغليب

(وأما) كونه لايقال في الدرهم إنه مخالف فى القيمة فعبارة المذهب سالمة عن هذا فان المخالفة فى المذهب وصف للجنس المضموم الى الدرهم لانه مثل بمد عجوة ودرهم بدرهمين فالمضموم الى الجنس الذى بيع ببعضه ببعض هوالعجوة وهو الموصوف بأنه يخالف الدرهم فى القيمة وذلك صحيح فان العجوة تخالف الدرهم فى قيمتها بحسب مافرض ومعنى ذلك أن قيمتها مخالفة للدرهم وليس معناه أنها مخالفة لقيمة الدرهم حتى يرد ماذكره (وأما) على عبارة التنبية فى أكثر النسخ المشهورة فانه جعل مد عجوة فالمضموم هو الدرهم وقد قال يخالفه في القيمة فمعناه أن الدرهم يخالف المد

(وقوله) فان قلنا لايصح أى فى المسألة الاولى وهو إحاله المشتري البائع بالثمن (وقوله) فللمشتري مطالبة البائع بتحصيله إلى آخره يمكن نفسه من عزله أي يقول أغرم لى وله أو يقول تسهيلا خذ ثم اغرم لى وأريد أن لارجوع قبل أن يقبض مال الحوالة بوجهين (أحدهما) أن يقال لمعنى أن له أن يطالبه بأحد أمرين (أما) التحصيل ليغرم وأما الغرم فى الحال وهذا يخرج متفقاً عليه من الخلاف الذى رويناه (فان قلنا) له الرجوع قبل أن يقبض البائع مال الحوالة فله أن يقول خذه لتغرم لى وان رضيت بذمته فشأنك فاغرم لى (والثانى) هوالاشبه أن معناه أن له مطالبته بتحصيله (ان قلنا) لارجوع عليه قبل أن يقبض أو يسلم بدله اليه فى الحال (ان قلنا) انه يرجع اليه قبل القبض وعلى التقديرين فيصح اعلام قوله فللمشترى مطالبة البائع — بالواو — لما قدمنا من الوجه البعيد (وقوله) لان الحوالة انفسخت بالاذن الذى كان ضمناً لايقوم بنفسه ظاهر هذا التوجيه ربما يشكل بما إذا فسدت الشركة أو الوكالة فالاذن الضمنى يبقى ويصح التصرف على ماسيأتي فى موضعه إن شاء الله تعالى ويمكن أن يقال الحوالة تنقل الحق الى المحتال فاذا صار الحق له ملكا قبضه لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن وهما عقدان مختلفان فبطلان أحدهما لايفيد حصول الآخر بخلاف الشركة والوكالة فان التصرف هناك واقع للاذن فان بطل خصوص الاذن جاز أن يبقى عمومه وهذا ما سبقت الاشارة اليه *

﴿ فرع ﴾ قال ابن الحداد فى المولدات اذا أحال الزوج زوجته على غريمه بالصداق ثم طلق قبل الدخول لم تبطل الحوالة وللزوج أخذها بنصف المهر قال من شرح كتابه المسألة تترتب على ما إذا أحال المشترى البائع على غريمه (ان قلنا) لاتبطل الحوالة هناك فههنا أولى (وان قلنا) تبطل ففى البطلان فى نصف الصداق ههنا وجهان والفرق أن البطلان بسبب حادث ولا استناد له الى ماتقدم بخلاف الفسخ والصداق أثبت من غيره ولهذا لو زاد الصداق زيادة متصلة لم يرجع فى نصفه إلا برضاها بخلاف ما إذا كانت فى المبيع ولو أحالها ثم ارتدت قبل الدخول أو فسخ أحدهما النكاح بعيب آخر ففي بطلان الحوالة هذان الوجهان والاظهر لاتبطل ويرجع الزوج عليها بنصف الصداق فى صورة الطلاق وبجميعه فى الردة والفسخ بالعيب واذا قلنا بالبطلان فليس لها مطالبة المحال عليه

في القيمة فطريق الصحيح أن يحمل المني أن الدرهم يخالف المد في قيمة المد لافي قيمة الدرهم فان هذه المناقشة واردة في كلام الشيخ مطلقا سواء حمل على ذلك أم لا ولو أتي بما ذكره من المثال لكان أوضح * واعلم أن ماقاله القاضي ابو الطيب وما حكاه القاضي وصاحب التتمة يظهر أنه شيء واحد والمراد بذلك المثال أن تتفق القيمة حتى لاتؤدي الى المفاضلة ويدل على هذا ماتقدم نقله عن المنهاج للقاضي أبي الطيب حيث صوره فيما أخذ من شجرة واحدة (قال) ابن الرفعة الا أن

وتطالب الزوج بالنصف في الطلاق أي ولا تطالب بشيء في الردة ولا بالعيب كذا قاله الشيخ أبو علي والمسألة جميعها من كلامه *

قال ﴿ ولو كان المبيع عبداً فأحيل بالثمن على المشتري فقال العبد أنا حر الاصل وصدقوه جميعا بطلت الحوالة وإن صدقه البائع والمشتري دون المحتال لم يكن قولهما حجة عليه فتبقى الحوالة في حقه ﴾ *

صورتها أن يبيع عبداً ويحيل غريمه بالثمن علي المشتري ثم يتصادق المتبايعان على أنه حر الأصل أما ابتداء أو زعم العبد أنه حر فصدقاه نظر ان وافقهما المحتال بطلت الحوالة لاتفاقهم على بطلان البيع واذا لم يكن بيع لم يكن على المشتري ثمن واذا بطلت الحوالة رد المحتال ماأخذ علي المشتري وبقي حقه على البائع كما كان وان كذبهما المحتال فاما أن تقوم بينة على الحرية أولا تقوم فان قامت بطلت الحوالة كما لو تقاررا وهذه البينة يتصور ان يقيمها العبد ويتصور أن تبتدىء الشهود على سبيل الحسبة قال صاحب التهذيب ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان لانهما كذباها بالدخول في البيع وكذلك ذكر القاضي الروياني وان لم تكن بينة فلهما تحليف المحتال على نفي العلم فان حلف بقيت الحوالة في حقه ولم يكن تصادقهما عليه حجة فاذا نفيت الحوالة فله أخذ المال من المشتري وهل يرجع المشتري على البائع المحيل في التهذيب أنه لايرجع لانه يقول ظلمني المحتال بما أخذ والمظلوم لايرجع الا على من ظلمه وقال الشيخ أبو حامد والقاضي ابن كج والشيخ أبو علي يرجع لانه قضى دينه باذنه وعلى هذا فيرجع اذا دفع المال الى المحتال وهل يرجع قبله فيه الوجهان السابقان فان نكل المحتال حلف المشتري ثم ان جعلنا اليمين كالاقرار بطلت الحوالة وان جعلناها كالبينة فالحكم كما لو حلف لانه ليس للمشتري اقامة البينة وما ذكرناه في صورة الاقرار من المحال وقيام البينة من بطلان الحوالة مفروض فيما اذا وقع التعارض لكون الحوالة بالثمن فان لم يقع وزعم البائع ان الحوالة بدين آخر له على المشتري نظر ان أنكر المشتري أصل الدين فالقول قوله مع يمينه وان سلمه وأنكر الحوالة به فهل نعتبر قول من يدعي جريان الحوالة على الصحة أو قول من يدعي فسادها فيه خلاف مذكور في نظائره *

يقال عند الاختلاف في الجانبين يعني في مثال القاضي حسين لايحتاج الى تقويم بخلافه من أحد الجانبين فأنها تحتاج فيه إلى التقويم وهو حدس وتخمين (قلت) وذلك فرق ضعيف والظاهر أنه خلاف واحد فان أثبت الفرق الذى لمحه ابن الرفعة وإلا كان فى ذلك تظافر على اعتبار القيمة كما يقتضيه كلام المصنف ويكفي ما تقدم من كلام أبي الطيب وصاحب البحر والشيخ أبى محمد فأن فى ذلك شاهداً لما ذكره المصنف وقد أطلق العبارة بعض من تكلم على التنبيه ولم يقف على هذه النقول فقال إنه خلاف اجماع أئمة المذهب وليس كما توهمه والله أعلم * وأبو على الفارقى تلميذ المصنف حكي

قال ﴿ فرع اذا جرى لفظ الحوالة وتنازعا فقال أحدهما أردنا بها الوكالة وقال الآخر بل الحوالة فقولان فى أن القول قول من * ينظر فى أحدهما الى ظاهر اللفظ * وفى الثانى الى تصديق من يدعى ارادة نفسه ونيته فانه أعلم بها * ولو لم يتفقا على جريان لفظ ولكن قال مستحق الدين أحلتنى وقال من عليه الدين وكلتك باستيفاء دينى منه فالقول قول من عليه الدين فى نفى الحوالة * ثم ان لم يكن قد قبض فليس له ذلك لانه انعزل بانكار الوكالة واندفعت الحوالة بانكار من عليه الدين * وله مطالبته بالمال اذا اندفعت الحوالة حتى لايضيع حقه * وفيه وجه آخر أنه لايطالب لانه اعترف ببراءته بدعوى الحوالة * أما اذا قال المستحق وكلتنى فقال لا بل أحلتك فان لم يكن قد قبض فقد امتنع عليه القبض * وان كان بعد القبض فالصحيح (و) أنه يتملكه الآن وان لم يملك عند القبض ﴾*

اذا كان لزيد عليك مائة ولك على عمرو مثلها فوجد زيد منك مايمكنه من قبض ماعلى عمرو ثم اختلفتما فله صورتان (أحدهما) أن تقول لزيد وكلتك بقبضه لى وقال زيد بل أحلتنى عليه فينظر ان اختلفتما فى أصل اللفظ فزعمت الوكالة بلفظها وزعم زيد الحوالة بلفظها فالقول قولك مع يمينك لأن الاصل استمرار حق زيد عليك وحقك على عمرو وان اتفقتما علي جريان لفظ الحوالة وقلت أردت به التسليط بالوكالة فوجهان (المنسوب) الى ابن سريج أن القول قول زيد مع يمينه لشهادة لفظ الحوالة (وقال) المزنى وساعده عليها أكثر الاصحاب ان القول قولك مع يمينك ويحكى هذا عن ابى حنيفة ووجهه ماذكرناه فى الصورة الاولى وايضاً فان اللفظ محتمل لما يقوله وانت اعرف بنيتك فأشبه ما اذا قلت له أقبض ثم اختلفتما فى المراد فان القول قولك وعن القاضى الحسين القطع بالوجه الاول وحمل كلام المزنى على ما اذا اختلفتما فى أصل اللفظ وذكرها اذا قلت له اقبض وفسرته بالوكالة انك لاتحتاج الى اليمين لاشعار اللفظ بالنيابة قال الأئمة وموضع الوجهين ما اذا كان اللفظ الجارى بينكما احلتك بمائة على عمرو فأما اذاقلت بالمائة التى لك علي بالمائة التي على عمرو فهذا لايحتمل الا حقيقة الحوالة

الوجهين فى المسألة وضعف الوجه القائل بالمنع فوافق المصنف فالله أعلم وذكر ابن الرفعة أيضاً فى الخلاف الذى ذكره القاضى حسين وصاحب التتمة أن له عنده التفاتا على أن من نصفه حر ونصفه عبد اذا قتل مثله هل يجب عليه القصاص فطريقة العراقيين جريان الخلاف وطريق المراوزة المنع وهي المصححة (قلت) وذلك غير متجه لأنه لا يوزع مع هناك فلا يلزم من ثبوت القصاص هناك لأجل المساواة الظاهرة جواز البيع هنا لضرورة التوزيع ولذلك نجزم بالمنع عند اختلاف القيمة بخلافه هناك والله أعلم *وأطلق أئمة المذهب أيضاً البطلان فى جميع العقد إلا صاحب التتمة فأنه قال لا يصح البيع عندنا فى المد الذى

فالقول قول زيد بلا خلاف ﴿التفريع﴾ ان جعلنا القول قول زيد فاذا حلف ثبتت الحوالة و برئت ذمته واذا جعلنا القول قولك فى الصورة الاولى أو يقرا معا على الوجه الآتى فى الصورة الثانية فحلفت نظر أقبض زيد ما على عمرو أم لا أن قبضه برئت ذمة عمرو لتسليمه ماعليه الى الوكيل أو المحتال وحكى الامام وجها ضعيفا عن رواية صاحب التقريب انه لايبرؤ فى صورة اتفاقكما على جريان لفظ الحوالة والمشهور الاول ثم ينظر ان كان المقبوض باقيا فعليه تسليمه اليك وهل له أن يطالبك بحقه فيه وجهان (أحدهما) لا واختاره الشيخ أبو حامد لاعترافه ببراءتك بدعوى الحوالة (وأصحهما) عند ابن الصباغ وصاحب التتمة وغيرهما أن له المطالبة لانه ان كان وكيلا فحقه باق عليه وان كان محتالا فقد استرجعت ماله ظالما فلا وجه لتضييع حقه قال الشيخ أبو حامد وماذكرنا من وجوب التسليم والوجهين فى الرجوع من حيث الظاهر فامابينه و بين الله تعالى فانه اذا لم يصل الى حقه منك فله امساك المأخوذ لانه ظفر بجنس حقه من ملكك وأنت ظالم له وان كان المقبوض تالفا فنقول الاكثرين انه اذا لم يكن التلف بتقصير منك لايضمن لانه وكيل بقولك والوكيل أمين وليس له أن يطالبك بحقه لانه قد استوفاه بزعمه وهلك عنده وقال فى التهذيب انه يضمن لانه قد ثبتت وكالته والوكيل اذا أخذ المال لنفسه ضمن وان لم يقبض زيد ماعلى عمرو فليس له القبض بعد حلفك لان الحوالة قد اندفعت بيمينك وصار زيد معزولا عن الوكالة بانكاره ولك ان تطالب عمرا بما كان لك عليه وهل لزيد مطالبتك بحقه فيه الوجهان المذكوران فيما اذا كان قد قبض وسلم المقبوض اليك واستدرك صاحب البيان فقال ينبغي أن لايطالب هنا وجها واحدا لاعترافه بان حقه على عمرو وان ماتقبضه أنت من عمرو ليس حقاله بخلاف ما اذا كان قد قبض فان حقه قد تعين فى المقبوض فاذا أخذته أخذت ماله (الصورة الثانية) أن تقول لزيد احلتك على عمرو ويقول زيد بل وكلتني بقبض ماعليه وحقى باق و يظهر تصوير هذا الاختلاف عند افلاس عمرو فينظر ان اختلفتما فى أصل اللفظ فالقول قول زيد مع يمينه وان اتفقتما على لفظ الحوالة جرى الوجهان المذكور فى الصورة

مع الدرهم وفيما يقابله من المدين وفى الدرهم وما يقابله من الدرهمين وفى المد وما يقابله قولان وكذا إذا باع ديناراً أو درهما بدينارين أو بدرهمين فالعقد فى القدر الذى قابل الجنس باطل وفى الباقى قولان ووافقه على ذلك الروياني فى البحر قال الرافعي ويمكن أن يكون كلام من أطلق محمولا على ما فصله وفيه نظر لأن التقسيط لو اعتبر فى هذه المسألة لصح فيما اذا اتفقت القيمة والرافعى مع الجمهور فى عدم الصحة فعلى ما قاله صاحب التتمة ومال إليه الرافعي لا وجه للا بطال لأنا إذا صححنا فى الدرهم بمد بناءاً على تفريق الصفقة يبقى مد فى مقابلة مد بغير زيادة فلو أبطلناه لكان بغير موجب والقدر عن عدم تخريجه على تفريق الصفقة أن التقويم لما لم يكن معتبرا فى الربويات لكونه تخمينا بطل اعتباره مطلقاً فلا يعلم القدر المقابل من المدين للمد فيصير المقابل منهما المد مجهولا ومن ضرورته أن يكون المقابل للدرهم مجهولا بخلاف الجمع بين العبد والحر فأن الشرع لم يسقط اعتبار التقويم فيهما وحاول ابن الرفعة جوابا آخر عما قاله صاحب التتمة فقال الفرق على طريقة الجمهور أن عند غيره غير قابل للصحة بحال لتميزه فأمكن قصر البطلان عليه ولا كذلك ما قابل الجنس فانه قابل للصحة بالطريق الذي سلكه أبو حنيفة رحمه الله واذا قبلها لم يمكن قصر البطلان عليه وقرب مما اذا تزوج خمس نسوة فى عقد لا يصح ولا يقول بطل فى واحد وفى الباقيات قولا تفريق الصفقة نعم صاحب الذخائر أغرب فقال فى صحته فى أربع نسوة قولا تفريق الصفقة وعلى الجملة بالخبر يرد طريقة

الاولى ههنا على العكس فعلى المنسوب الي ابن سريج القول قولك مع يمينك وعلي القول المنسوب الى المزنى وغيره القول قول زيد والتوجيه مامر فاذا قلنا أن القول قولك فحلفت برئت ذمتك من دين زيد وازيد مطالبة عمرو أما بالوكالة أو الحوالة وما يأخذه يكون له لانك تقول انه حقه وعلى زعمه هو لك وحقه عليك فيأخذه بحقه وحيث قلنا أن القول قول زيد فحلف نظر ان لم يكن قبض المال من عمرو فليس له القبض لان قول الوكل ما وكلتك يتضمن عزله لو كان وكيلا وله مطالبتك بحقه وهل لك الرجوع الى عمرو فيه وجهان لانك اعترفت بتحول ما كان عليه الى زيد ووجه قولنا نعم وهو اختيار القاضى ابن كج أن زيدا ان كان وكيلا فان لم يقبض بقي حقك وان كان محتالا فقد ظلمك بأخذ المال منك وما على عمرو حقه فلك أن تأخذه عوضاً عما ظلمك به وان كان قد قبض المال من عمرو فقد برئت ذمة عمرو ثم ان كان المقبوض باقياً فقد حكى فى الوسيط وههنا وجهين (أحدهما) أنه يطالبك بحقه ورد المقبوض عليك (والثانى) وهو الصحيح أنه يملكه الآن وان لم يملكه عند القبض لانه حبس حقه وصاحبه يزعم أنه ملكه ويشبه أن لايكون فيه خلاف محقق بل له أن يرده و يطالب بحقه وله أن يأخذه بحقه وان كان تالفاً نظر ان كان قد تلف بتفريط منه

المتولى الا أن يقول كان الذهب فيه هو المقصود والجور تابع فلذلك لم ينظر اليه (قلت) وتمسكه في هذا الفرق بمسلك أبي حنيفة سهل على ضعفه فانا لا نخشى أن نجعل الجواب على مذهبنا مستنداً الى شيء لا تقول به والله أعلم (نعم) انما يقوى هذا البحث من القاضي أبي الطيب وموافقيه القائلين بالصحة عند اتحاد القيمة فعند اختلافها يمكن دعوى التخريج على تفريق الصفقة ثم فيه نظر من جهة أن هذا العقد صفقة واحدة وهى من عقود الربا فبطلت جملة الا ترى أنه لو اشترى في العرايا أكثر من خمسة أوسق في عقد واحد أنه يبطل ولا يتخرج على تفريق الصفقة وعلله القاضي الماوردي بأنه بالزيادة على الخمسة قد صار مزابنة والمزابنة فاسدة ومع ذلك ففيه نظر يحتاج الى مزيد تأمل والله عز وجل أعلم • ويمكن أن يتمسك بحديث القلادة المذكورة في رد ذلك فان النبي صلى الله عليه وسلم منع ذلك ورده حتى يفصل وعلى ما قاله صاحب التتمة يبطل في الذهب وما يقابله من الذهب وفي الخرز وما يقابله قولا تفريق الصفقه فيستدل بالحديث على أحد الأمرين (أما) بطلان التخريج في ذلك على تفريق الصفقة (واما) أن الصحيح أن الصفقة لا تفريق والله أعلم • اذا تحذر المذهب في ذلك فقد وافقنا على المنع في هذه الرتبة من الصحابة عمر بن الخطاب رضى الله عنه وروى محمد بن عبد الله السعيني عن أبي قلابة عن أنس قال « أتانا كتاب عمر ونحن بارض فارس لا تبيعوا سيوفا فيها حلقة فضة بالدراهم » وفضالة بن عبيد وقد تقدم الأثر الدال عنه على ذلك وروى فيه عن

فلك عليه الضمان وله عليك حقه وربما يقع في التقاص وان لم يكن منه تقصير فلا ضمان لأنا اذا صدقناه في نفي الحوالة كانت يده يد وكالة والوكيل أمين وروى الامام وجهاً آخر أنه يضمن لان الأصل فيما يتلف في يد الانسان من ملك غيره الضمان ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة ليبقى حقه تصديقه في تثبيت الوكالة ليسقط عنه الضمان وهذا كما أنه إذا اختلف المتبايعان في قدم العيب وحدوثه وصدقنا البائع بيمينه السابقة والله أعلم (وقوله) في الكتاب في أول الفرع اذا جرى لفظ الحوالة الى قوله فقولان يتضمن الصورتين جميعاً فعلى رأى يتبع فيهما ظاهر اللفظ وعلى رأى يصدق من أخبر عن نيته وارادته أما في طرف الايجاب أو القبول ويجوز أن يعلم قوله فقولان بالواو كما سبق عن القاضي الحسين وقد حكي في الصورة الاتية ايضا القطع بمقتضى من تمسك بمطابقة اللفظ له ثم قوله فقولان أي للاصحاب وليس للشافعي في المسألتين نص (وقوله) في آخره أما اذا قال المستحق وكلتني فقال لا بل أحلتك فان لم يكن قبض فالقول قول المستحق ثم في تفريعه انه ان لم يكن قبض الى آخره ونختم الباب بصور وفروع (منها) اذا أحلت زيداً على عمرو ثم احال عمرو زيداً على بكر ثم احال بكر على آخر جاز وقد تعدد المحال عليهم و زيد المحتال واحد ولو أحلت زيداً على عمرو ثم احال زيد بكراً على عمرو ثم احال بكر آخر على عمرو جاز والتعدد ههنا في المحتالين وعمرو

على شيء محتمل وصح عن ابن عمر أنه كان لايبيع سرجا ولا سيفا فيه فضة حتى ينزعه ثم يبيعه وزنا بوزن ومن البائعين ابن شهاب الزهري كان يكره أن يشترى السيف المحلى بفضة ويقول اشتره بالذهب يدا بيد * وابن سيرين كان يكره شراء السيف المحلى الا بعرض ويقول اذا كانت الحلية فضة اشتراها بالذهب وان كانت الحلية ذهبا اشتراها بالفضة فان كانت ذهبا وفضة اشتراها بالذهب وان كانت الحلية ذهبا اشتراها بالفضة فان كانت ذهبا وفضة فلا تشتريها بذهب ولا بفضة واشترها بعرض وشريح القاضي سئل عن طريق ذهب فيه فصوص أيباع بالدنانير قال تنزع الفصوص ثم يباع الذهب بالذهب وزنا بوزن وعن ابن سيرين والزبيري قالا جميعا يكره أن يباع الخاتم فيه فضة بالوزن وعن ابراهيم النخعي أنه كان يكره أن يشترى ذهبا وفضة بذهب وقال حماد أراد أن يشترى الف درهم بمائة دينار ودرهم فمنع من ذلك وقال لا ولكن اشتر الف درهم غير درهم بمائة دينار وكل هذه الآثار باسانيد صحيحة وروى مثل ذلك أيضا عن سلم بن عبد الله والقاسم بن محمد ووافقنا من الأئمة أحمد بن حنبل فى المشهور واسحق وأبو ثور وخالفنا فى ذلك جماعة

المحال عليه واحد ولو أحلت زيداً على عمرو ثم ثبت لعمرو عليك مثل ذلك الدين فاحال زيد عليك جاز (ومنها) لك علي رجلين مائة علي كل واحد خمسون وكل واحد ضامن عن صاحبه فاحالك أحدهما بالمائة علي انسان برئا جميعاً وان أحلت على أحدهما بالمائة بريء الثانى لان الحوالة كالقبض وان احلت عليهما على أن يأخذ المحتال من كل واحد خمسون جاز ويبرأ كل واحد مما ضمن وان أحلت عليهما على أن يأخذ المائة من أيهما شاء فعن ابن سريج فيه وجهان (وجه) المنع انه لم يكن له الا مطالبة واحد فلا يستفيد بالحوالة زيادة كما لايستفيد بها زيادة قدر وصفة (ومنها) لك على رجل دين فلما طالبته به قال قد أحلت فلانا على وفلان غائب فانكرت فالقول قولك مع يمينك فلو أقام بينة سمعت وسقطت مطالبتك عنه وهل تثبت الحوالة فى حق الغائب حتي لايحتاج الى إقامة بينة اذا قدم فيه وجهان *

﴿ كتاب الضمان وفيه بابان ﴾

﴿ الباب الأول فى أركانه ﴾

قال ﴿ وهي خمسه الأول المضمون عنه ولا يشترط رضاه لأنه يجوز لغيره أن يؤدى دينه بغير اذنه * ويصح (ح) الضمان على الميت المفلس * وأصح الوجهين أنه لايعتبر معرفته ﴾ *

روى المغيرة بن حنين عن على ابن أبى طالب رضي الله عنه «انه أتاه رجل وهو يخطب فقال ياأمير المومنين ان بأرضنا قوما يأكلون الربا قال على وما ذاك قال يبيعون جامات مخلوطة بذهب وفضة بو رق فنكس على رأسه وقال لا أى لابأس به» المغيرة ابن حنين ذكره البخارى فى تاريخه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال «لابأس ببيع السيف المحلى بالدراهم» وعن ابراهيم النخعى قال كان خباب

الاجماع والاخبار متعاضدة على صحة الضمان روى عن أبي أمامة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « العارية مؤادة والدين مقضى والزعيم غارم »(١) وعن أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه قال « كنا مع رسول الله ﷺ فى جنازة فلما وضعت قال ﷺ هل على صاحبكم من دين قالوا نعم درهمان قال صلوا على صاحبكم فقال على كرم الله وجهه، هما على يارسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله ﷺ فصلى عليه ثم أقبل على على فقال جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك » (٢)

﴿ حديث ﴾ النهى عن بيع الدين بالدين تقدم فى القبض *

﴿ كتاب الضمان ﴾

(١) ﴿ حديث ﴾ أبى امامة العارية مردودة والدين مقضى والزعيم غارم . أحمد وأصحاب السنن إلا النسائى وفيه اسماعيل بن عياش ورواه عن شامى وهو ابن حنبل بن مسلم سمع أبا امامة وضعفه ابن حزم باسماعيل ولم يصب وهو عند الترمذي فى الوصايا أتم سياقا واختصره ابن ماجه هنا وله فى النسائى طريقان من رواية غيره (احداهما) من طريق أبى عامر الوصابى (والاخرى) من طريق حاتم بن حريث كلاهما عن أبى امامة وصححه ابن حبان من طريق حاتم هذه وقد وثقه عثمان الدارمى (تنبيه) أكثر الفاظهم العارية مؤداة وفي لفظ بعضهم زيادة والمنيحة مردودة ولم أره عندهم بلفظ العارية مردودة كما كرره المصنف ووقع في بعض النسخ عن أبى قتادة بدل أبى إمامة وهو من تحريف النساخ وقد رواه ابن ماجه والطبرانى فى مسند الشاميين من طريق سعيد بن أبى سعيد عن أنس وأخرجه ابن عدي من حديث ابن عباس فى ترجمة اسماعيل بن زياد السكونى وضعفه ورواه أبو موسى المدينى في الصحابة من طريق سويد بن حبلة وقد قال الدار قطنى لا تصح له صحبة وحديثه مرسل قال وبعضهم يقول له صحبة ورواه الخطيب فى التلخيص من طريق بن لهيعة عن عبد الله بن حيان الليثى عن رجل عن آخر منهم قال انى لتحت ناقة رسول الله ﷺ يصيبنى لعابها ويسيل على جرتها حين قال فذكره *

(٢) ﴿ حديث ﴾ أبي سعيد كنا مع رسول الله ﷺ فى جنازة فلما وضعت قال ﷺ هل على صاحبكم من دين قالوا نعم درهمان قال صلوا على صاحبكم فقال على يا رسول الله هما على وأنا لهما ضامن فقام فصلى عليه ثم أقبل على على وقال جزاك الله عن الاسلام خيرا

فينا وكان ربما اشترى السيف المحلى بالورق» وعن طارق بن شهاب قال «كنا نبيع السيف المحلى بالفضة ونشتريه ومن البائعين الحكم بن عيينة سئل عن ألف دينار وستين درهما بألف درهم وخمسة دنانير قال لا باس ألف بألف والفضل بالدنانير» وعن الحسن وابراهيم والشعبي قالوا كلهم «لا بأس بالسيف فيه الحلية والمنطقة والخاتم بان يبتاعه بأكثر ما فيه أو بأقل ونسيئة وعن مغيرة قال «سألت إبراهيم

وروي أنه صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة فقال هل على صاحبكم من دين قالوا نعم ديناران فقال أبو قتادة رضي الله عنه هما علي يارسول الله فصلى عليه النبي ﷺ» (١) ثم نقل العلماء أن هذا كان في أول الاسلام ولم يكن النبي ﷺ يصلي على من لم يخلف وفاء من المديونين لان صلاته ﷺ شفاعة موجبة للمغفرة ولم يكن حينئذ في الأموال سعة فلما فتح الله الفتوح قال النبي ﷺ أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم» (٢)

وفك رهانك كما فككت رهان أخيك . الدار قطني والبيهقي من طرق باسانيد ضعيفة وفي آخره ما من مسلم فك رهان أخيه الا فك الله رهانه يوم القيمة وفي جميعها أن الدين كان دينارين وفيه زيادة فقال بعضهم هذا لعلي خاصة أم للمسلمين عامة فقال بل للمسلمين عامة (تنبيه) وضح أن قوله درهمان وهم لكن وقع في المختصر بغير اسناد أيضا درهمان *

﴿ قوله ﴾ أو جاء في رواية أن علياً لما قضى عنه دينه قال الآن بردت عليه جلده (قلت) المعروف أن ذلك قيل لابي قتادة كما سيأتي *

(١) ﴿ حديث ﴾ أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها فقال هل على صاحبكم من دين فقالوا نعم ديناران فقال أبو قتادة هما علي يا رسول الله قال فصلى عليه ﷺ البخاري من حديث سلمة بن الاكوع مطولا وفيه أن الدين كان ثلاثة دنانير ورواه احمد وأبو داود والنسائي وابن حبان من حديث جابر وفيه أن الدين كان دينارين وزاد أحمد والدار قطني والحاكم أن النبي ﷺ قال له لما قضى دينه الآن بردت عليه جلده وفي رواية قبره ورواه النسائي والترمذي وصححه من حديث أبي قتادة بدون تعيين الدين وابن ماجه واحمد وابن حبان من حديثه بتعيينه سبعة عشر درهما وفي رواية لابن حبان ثمانية عشر وروى ابن حبان أيضاً من حديث أبي قتادة أن الدين كان دينارين وروى في ثقاته من حديث أبي إمامة نحو ذلك وابهم القائل قال فقال رجل من القوم أنا أقضيهما عنه *

﴿قوله﴾ وفي رواية أنه لما ضمن أبو قتادة الدينارين عن الميت قال النبي ﷺ هما عليك حق الغريم وبريء الميت قال نعم فصلي عليه رواه الدار قطني بنحوه والبيهقي بلفظه وفي آخره عنده الآن بردت عليه جلده *

(٢) ﴿ قوله ﴾ ثم نقل العلماء أن هذا كان في أول الاسلام فلما فتح الله الفتوح قال أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم سيأتي واضحاً من حديث أبي هريرة وهو عند احمد في حديث جابر المتقدم

النخعي عن الخاتم أبيعه نسيئةفقال أفيه نص فقلت نعم فـكأنه دون فيه» وهذا فيه بعض المخالفة لما تقدم عن إبراهيم ويمكن الجمع بينهما إن كان يفرق بين أن يكون المضموم اليه ربويا أوغيره وعن ابن سيرين وقتادة لا بأس بشراء السيف المفضض والخوان والقدح بالدراهم» وعن حماد ابن أبي سليمان سئل عن السيف المحلى يباع بالدراهم فقال لا بأس به هـذه من طريق الرواية المتقـدمة عنه فى الموافقين من طريق حماد بن سلمة وروي عن سليمان بن موسى ومكحول مثل ماروى عن

ونقل عنه صلي الله عليه وسلم أنه قال فى خطبته « من خلف مالا أو حقاً فلورثته ومن خلف كلا أو ديناً فـكله الى ودينه على قيل يارسول الله وعلى كل امام بعدك قال وعلى كل امام بعدى» (١) وقد ضمن حجة الأسلام مسائل الضمان فى بابين (أحدهما) فى أركان صحة الضمان (والثانى) فى أنه اذا صح فما حكمه وهذا ترتيبه فى أغلب الابواب (أما) الاركان فأولها المضمون عنه وهو الاصيل ولايشترط رضاه لصحة الضمان وفاقا أذ يجوز اداء دين الغير بغير اذنه فالتزامه فى الذمة أولى بالجواز ويدل عليه أنه يصح الضمان عن الميت ومعلوم أنه لايتصور منه الرضا والدليل على صحته ماقدمناه من ضمان على وأبى قتادة رضى الله عنهما ولا فرق بين أن يخلف الميت وفاء أولا يخلف فان النبى ﷺ لم يبحث عن ذلك و بهذا قال مالك وأحمد*وعند أبى حنيفة لايصح الا اذا خلف وفاء أوكان به ضامن وساعدنا فيما اذا ضمن عنه فى حياته ثم مات وهو معسر أنه لايبطل الضمان وهل يشـترط معرفة المضمون عنه لصحة الضمان فيه وجهان (أحدهما) أنه يشترط ليعرف حاله ولانه هل يستحق اصطناع المعروف اليه وهذا ماأورده الصيدلانى (وأصحهما) أنه لايشترط كما لايشترط رضاه*واعلم أن الشافعى رضى الله عنه قال فى مسألة ضمان الميت ولو ضمن دين ميت بعد ماتعرفه وتعرف لمن هو فالضمان فى ذلك لازم واختلفوا فيما يعود الها اليه فى قوله بعد مايعرفه بحسب اختلافهم فى اشتراط معرفة المضمون عنه فمن شرطها قال هى عائدة الى الميت المضمون عنه ومن لم يشترطها قال هى عائدة الى الدين اذ لابد

---

(١) ﴿قوله﴾ ونقل عنه ﷺ أنه قال فى خطبته من خلف مالا أوحقاً فلورثته ولمن خلف كلا اوديناً فكله الى ودينه على قيل يارسول الله وعلى كل امام بعدك قال وعلى كل إمام بعدى صدرهذا الحديث ثابت فى الصحيحين من حديث أبى هريرة ومن قوله قيل يارسول الله الى آخره سبق المصنف الى ذكره القاضي حسين والامام والغزالى وقد وقع معناه فى الطبراني الكبير من حديث زاذان عن سلمان قال أمرنا رسول الله ﷺ أن نفدى سبايا المسلمين ونعطى سائلهم ثم قال من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فعلي وعلى الولاة من بعدى من بيت مال المسلمين وفيه عبد الغفار بن سعيد الانصارى متروك ومتهم أيضا *

هؤلاء وعن الشعبي أنه كان لايرى بأسا بالسيف المحلى يشترى نقداً ونسيئة و يقول فيه الحديد والحمائل وعن الحكم بن عيينة فى السيف المحلى يباع بالدراهم إن كانت الدراهم أكثر من الحلية فلا بأس به ومثله أيضاً عن الحسن وابراهيم وهوقول سفيان * وعن إبراهيم النخعي قول آخر فى الذهب والفضة يكونان جميعاً قال لايباع الا بوزن واحد منهما كانه يلغي الواحد (وأما) الأئمة بعدهم فقال الاوزاعى إن كانت الحلية تبعا وكان الفضل فى الفضل جاز بيعه بنوعه نقدا وتأخيرا

من معرفة جنسه وقدره وهو الصحيح و يدل عليه أن أبا بكر الفارسى نقل هذا النص بعينه فى عيون المسائل وأنه قال فى توجيهه لانه عرف ماضمنه ولمن ضمنه *

قال ﴿ الركن الثانى المضمون له وفى اشتراط معرفته وجهان * فان شرطت ففى اشتراط رضاه وجهان * فان شرط ففى اشتراط قبوله وجهان * لأن هذا لان الضمان تجديد سلطة له لم تكن فلم يجز الا باذنه بخلاف المضمون عنه ﴾ *

المضمون له هو مستحق الدين وفى اشتراط معرفته وجهان (أحدهما) أنه لايشترط لانه لم يقع التعرض والبحث عنه فى ضمان على وأبى قتادة رضى الله عنهما (وأصحهما) أن لابد أن يعرف الضامن لأن الناس يتفاوتون فى الاقتضاء والاستيفاء تشديدا وتسهيلا والأغراض تختلف بذلك والضمان مع اهماله غرر وضرر من غير ضرورة وعلى هذا ففى اشتراط رضاه وجهان (قال) الا كثرون لايشترط لان الضمان محض التزام وليس موضوعا على قواعد المعاقدات وقال صاحب الافصاح والقاضى ابن كج يشترط لأن الضمان يجدد له سلطنة وولاية لم تكن و يبعد أن يتملك بتمليك الغير شيئا من غير رضاه و بهذا قال أبو حنيفة الا أنه قال لو التمس المريض من الورثة أن يضمنوا دينه فاجابوا صح وان لم يرض المضمون له (واذا قلنا) باشتراط رضاه ففى اشتراط قبوله وجهان (وجه) الاشتراط أنه يملك فى مقابلة تمليك الضامن فيعتبر فيه القبول كسائر التمليكات والتملكات (والاصح) أنه لايشترط وفرقوا بينه و بين سائر التملكات بأن الضمان لايثبت ملك شيء جديد وإنما يتوثق به الدين الذي كان مملوكا وهذا يشكل بالرهن فانه لايفيد الا التوثيق و يعتبر فيه القبول وعن الشيخ أبى محمد تقريب هذا الخلاف من الخلاف فى اشتراط القبول فى الوكالة لان كل واحد منهما يجدد سلطة لم تكن فان شرطنا القبول فليكن بينه و بين الضمان مثل مابين الايجاب والقبول فى سائر العقود وإن لم نشترط فيجوز أن يتقدم الرضي على الضمان وان تأخر عنه فهو اجازة أن جوزنا وقف العقود ذكره الامام وفرع على قولنا لايشترط رضاه فقال اذا ضمن بغير رضاه فينظر إن ضمن بغير اذن المضمون عنه فالمضمون له بالخيار ان شاء طالب الضامن

وقال مالك إن كانت فضة السيف المحلى بالفضة والمصحف كذلك والمنطقة أو خاتم الفضة يقع فى الثلث من قيمتها من النصل والغمد والحمائل ومع المصحف ومع الفص وكان حلى النساء من الذهب والفضة تقع الفضة أو الذهب فى ثلث القيمة الجميع مع الحجارة ما قل جاز بيع كل ذلك بنوعه أكثر مما فيه ومثله وأقل نقداً ولا يجوز نسيئة فان كان أكثر من الثلث لم يجز أصلا وقال أيضاً لا يجوز بيع

وان شاء تركه وان كان الضمان باذنه فحيث قلنا يرجع الضامن على المضمون عنه يتخير المضمون له على قبوله لأن مايؤديه فى حكم ملك المضمون عنه وحيث قلنا لايرجع فهو كما لو قال لغيره أد ديني ولم يشترط الرجوع وقلنا انه لايرجع وهل لمستحق الدين والحالة هذه أن يمتنع من القبول فيه وجهان بناء على أن المؤدى يقع فداء أو موهوبا ممن عليه الدين (ان قلنا) بالثانى لم يكن له الامتناع وهو الاشهر هذا بيان الخلاف فى اشتراط معرفة المضمون له دون معرفة المضمون عنه لانه لامعاملة بينه و بين الضامن وزاد الامام وجها رابعا وهو اشتراط معرفة المضمون عنه دون المضمون له وفى طريقة الصيدلانى مايقتضيه وهو غريب *

قال ﴿ الركن الثالث الضامن ويشترط فيه صحة العبارة وأهلية التبرع * ويصح (م) ضمان الزوجة دون اذن الزوج * وفي ضمان الرقيق دون اذن السيد وجهان * فان صح فيتبع به اذا عتق * فان ضمن بالاذن فيتعلق بكسبه فى وجه * ولايتعلق به فى وجه ويفرق بين المأذون فى التجارة وغيره فى وجه ﴾*

ضبط من يصح ضمانه بان يكون صحيح العبارة أهلا للتبرع (أما) صحة العبارة فيخرج عنه الصغير والمجنون والمغمى عليه والمبرسم الذى يهذى فلا يصح ضمانهم كسائر التصرفات ولو ضمن ضامن ثم قال كنت صبيا يوم الضمان وكان محتملا فالقول قوله مع يمينه وكذا لوقال كنت مجنونا وقد عرف له جنون سابق أو أقام عليه بينة والا فالقول قول المضمون له مع يمينه وفى ضمان السكران الخلاف فى سائر تصرفاته لايصح ضمانه والأخرس الذى أشارته مفهومه والاخرس الذى ليست له اشارة مفهومة يصح ضمانه بها كبيعه وسائر تصرفاته وعن أبى الحسين أن من الاصحاب من ابطله وقال لاضرورة الى الضمان بخلاف سائر التصرفات ولوضمن بالكتابة فوجهان سواء أحسن الاشارة أم لا (اظهرهما) الصحة وذلك عند وجود القرينة المشعرة بالمقصود ويجرى الوجهان فى الناطق وفى سائر التصرفات (وأما) أهلية التبرع فانه قصد بها التحرز عن المحجور عليه بالسفه وتحافيه نحو الامام بحيث قال المحجور عليه وان كانت تصح عبارته عند اذن وليه فضمانه مردود من قبل أنه تبرع وتبرعات المبذر مردودة ولا يصح من الولي الاذن فيها * واعلم أن القول بكون الضمان تبرعا انما يظهر حيث لايثبت الرجوع فاما حيث ثبت فهو اقراض لامحض تبرع ويدل

غير ما ذكرنا يكون فيه فضة أو ذهب بنوع ما فيه منهما قل أو كثر كالسكين المحلاة بالفضة أو الذهب أو السرج كذلك وكل شيء كذلك إلا أن يكون ما فيه من الفضة والذهب اذا نزع لم يجتمع منه شيء له بال فلا بأس حينئذ ببيعه بنوع ما فيه من ذلك نقداً أو بتأخير وكيف شاء وقال أبو حنيفة كل شيء يحلى بفضة أو ذهب فجائز بيعه بنوع ما فيه من ذلك إذا كان الثمن أكثر مما في المبيع من الفضة أو الذهب ولا يجوز بمثل ما فيه من ذلك ولا بأقل ولابد من قبض ما تقع

عليه ان القاضي الروياني حكى في البحر به عن نص الشافعي رضي الله عنه انه اذا ضمن في مرض الموت بغير اذن من عليه الحق فهو محسوب من ثلثه وان ضمن باذنه فهو محسوب من رأس المال لان للورثة ان يرجعوا علي الأصيل وهو وان لم يكن تبرعا فلا يصح من المحجور كالبيع وسائر التصرفات المالية فان أذن فيه الولي فليكن كما لو أذن في البيع (أما) المحجور عليه بالفلس فضمانه كشرائه ثم في الفصل مسألتان (إحداها) ضمان المرأة صحيح خلية كانت أو مزوجة ولا حاجة الى اذن الزوج كما في سائر تصرفاتها وعن مالك انه لابد من اذنه (الثانية) في ضمان العبد بغير اذن سيده مأذونا كان في التجارة أو لم يكن وجهان عن ابن سريج (أحدهما) وبه قال ابو اسحق انه صحيح ويتبع به بعد العتق لانه لاضرر فيه على السيد فصار كما لو أقر باتلاف مال وكذبه السيد (وأصحهما) وبه قال الاصطخري انه باطل لانه اثبات مال في الذمة بعقد فاشبه النكاح وان ضمن باذن سيده صح ثم ان قال اقضه مما تكتسبه أو قال للمأذون اقضه من المال الذي في يدك قضى منه وان عين مالا أمر بالقضاء منه فكمثل وان اقتصر على الأذن في الضمان فان لم يكن العبد مأذونا له في التجارة فوجهان (أحدهما) انه يكون في ذمته الى أن يعتق لانه انما اذن في الالتزام دون الاداء (وأظهرهما) انه يتعلق بما يكتسبه بعد الاذن كما لو اذن له في النكاح يتعلق المهر باكتسابه وعن الشيخ أبي علي حكاية وجه غريب انه يتعلق برقبته وان كان مأذونا له في التجارة فيتعلق بذمته أم كيف الحال فيه وجهان رتبهما الامام على الوجهين في غير المأذون وأولى بان لا يحال على الذمة لاشعار ظاهر الحال بخلافه وعلى هذا فيتعلق بما يكتسبه من بعد اذنه وبما في يده من لربح الحاصل أم بهما وبرأس المال أيضا فيه وجوه أشبهها الثالث والوجوه التي أوردها صاحب الكتاب فيما اذا ضمن بالاذن تخرج من الترتيب الذي أشار اليه الامام فعلى رأي إن كان مأذونا له تعلق بكسبه والا لم يتعلق الا بالذمة وحيث قلنا يؤدى مما في يده فلو كان عليه ديون ففيه ثلاثة أوجه عن ابن سريج (أحدها) أن المضمون له يشارك الغرماء لانه دين لزم باذن المولى فاشبه سائر الديون (والثاني) أن الضمان لايتعلق بما في يده أصلا لانه كالمرهون بحقوق الغرماء (والثالث) أنه يتعلق بما فضل عن حقوقهم رعاية للجانبين

الفضة أو الذهب من الثمن قبل التصرف وجوز أن يباع مد عجوة ودرهم بمدى عجوة وشبهه * وقال يكون المد في مقابلة المد والمد الآخر في مقابلة الدرهم حتى قال لو باع مائة دينار بدينار في خريطة مع الخريطة جاز ويكون دينار من المائة في مقابلة الدينار وبقيتها في مقابلة الخريطة وقد تقدمت الاشارة إلى شيء من حجته والجواب عنها * وتكلموا على الحديث الذي اعتمدنا عليه بالأختلاف في طرقه وبأنه يحتمل أن يكون الذهب الذي في القلادة أكثر من الذهب الذي هو الثمن واعتضدوا في ذلك بالرواية التي فيها أنه فصلها فجاءت اثني عشر دينارا وقد تقدم الجواب بأنها قصتان وأيضاً فان النبي صلى الله عليه وسلم « لم يستفصل » وأناط المنع بوصف وهو عدم التمييز فدل

وهذا اذا لم يحجر القاضي عليه فان حجر باستدعاء الغرماء لم يتعلق الضمان بما في يده لامحالة والمدبر وأم الولد كالقن في الضمان وكذا من بعضه حر وبعضه رقيق وان لم يكن بينه وبين السيد مهايأة أو كانت وضمن في نوبة السيد وان لم يكن بينهما مهايأة كما لو اشترى بنفسه شيئا ويجوز ان يخرج على الخلاف في المؤن والاكساب النادرة أنها هل تدخل في المهايأة وضمان المكاتب بغير إذن السيد كضمان القن وبالاذن قالوا هو على الخلاف في تبرعاته *

﴿ فرع ﴾ اذا ضمن العبد باذن السيد وأدى مال الضمان في رقه فحق الرجوع للسيد وان أداه بعد ما عتق فحق الرجوع للعبد في أصح الوجهين ووجه الثاني أن مال الضمان كالمستثني عن اكتسابه فلا يستحقها بالعتق ولو ضمن العبد شيئا لسيده عن أجنبي لم يصح لانه يؤديه من كسبه وكسبه لسيده فهو كما لو ضمن المستحق لنفسه ولو ضمن لاجنبي عن سيده فاذا لم ياذن السيد فهو كما لو ضمن عن أجنبي وان ضمن باذنه صح ثم ان أدى قبل العتق فلا رجوع له وان أدى بعده ففي رجوعه على السيد (وجهان) بناء على الوجهين فيما لو أجر عبده ثم أعتقه ففي أثناء المدة هل يرجع باجرة المثل لبقية المدة *

قال ﴿ الركن الرابع المضمون به وشرطه أن يكون حقا ثابتا (م ح و) لازما (م ح و) معلوما (م ح و) واحترزنا بالثابت عن ضمان دين سيلزم ببيع أو قرض بعده فانه لايصح (م ح) في الجديد وفي ضمان ماسبق سبب وجوبه ولم يجب كنفقة الغد للمرأة قولان في الجديد * وضمان العهدة للمشتري صحيح (و) بعد قبض الثمن لاجل الحاجة الى معاملة الغرباء وكذلك ضمان نقصان الصنجة ورداءة الجنس في المبيع * وفي صحة ضمان عهدة تلحق بالعيب أو بالفساد من جهة أخرى لابخروجه مستحقا وجهان * فان صحح صريحا ففي اندراجه تحت مطلق ضمان العهدة وجهان ﴾ *

يشترط في الحق المضمون ثلاث صفات كونه ثابتا ولازما ومعلوم الصفة (الاولى) الثبوت وفيه

على أنه هو العلة لا غيره وأما الراوي قال إنما أردت الحجارة نحمله على أن الذهب فيها كان أكثر من الذهب الذى هو ثمن بعيد والله أعلم * وعن طاوس أنه لابأس بدينار ثقيل بدينار أخف منه ودرهم وعن الحكم فى الدينار الشامى بالدينار الكوفى وفضل الشامي فضة قال لا بأس به وعن مجاهدقال لا بأس به وعن ابراهيم أنه كرهه وعن ابن سيرين أنه سئل عن مائة مثقال بمائة دينار وعشرة دراهم فكرهه روى ذلك ابن أبى شيبة ومعني فضل الشامي فضة أن الشامى أثقل من الكوفى فيأخذ بالفضل فضة * وصح عن سفيان الثورى من طريق ابن أبي شيبة أيضاً أنه كره عشرة دراهم بتسعة وفلس ولم ير بأسابعشرةدراهم تسعة دراهم

مسائل (إحداها) إذا ضمن دينا لم يجب بعد ويستحب كقرض أو بيع وما أشبهها ففيه طريقان حكاهما الشيخ أبو حامد وغيره (وأشهرهما) و به قال ابن سريج أنه على قولين (القديم) أنه يصح لانه قد تمس الحاجة اليه وهذا كما أنه جوز فى القديم ضمان نفقة يوم المستقبل و بهذا قال ابو حنيفة ومالك (والجديد) المنع و به قال أحمد لان الضمان لو تبعه الحق فلا يسبق وجوب الحق كالشهادة (والثانى) وهو اختيار الشيخ أبى حامدالقطع بالمنع ويخالف ضمان النفقة لان النفقة على القديم تجب بالعقد فضمانها ضمان واجب لاغير واجب والمذكور فى الكتاب هو الطريقة الاولى و يجوز اعلام قوله على الجديد بالواو للثانية واعلام قوله لايصح بالحاء والميم لما ذكرنا وذكر الامام أمورا مفرعة على القديم (أحدها) اذا قال ضمنت لك ماتبيع من فلان فباع الشيء بعد الشيء كان ضامنا للكل لان (ما) من أدوات الشرط فتقتضى التعميم بخلاف ماإذ قال اذا بعت من فلانفانا ضامن منحيث لايكونضامنا الا ثمنماباعهأولا لأن(اذا) ليستمنأدوات الشرط (الثانى) إن شرطنا معرفةالمضمون لهعند ثبوت الدين فههنا أولىوالا فوجهان وكذا معرفة المضمون عنه (الثالث) لايطالب الضامن مالم يلزمالدينعلى الاصيل وليس لهالرجوع بعد لزومه (وأما) قبله فعن ابن سريج أن له أن يرجع وقال غيره لا لان وضع الضمان على اللزوم (واذا قلنا) بالجديد فلو قال أقرض فلانا كذا وعلى ضمانه فاقرضه قال القاضىالرويانى فىالمذهب أنه لايجوز وعن ابن سريج تجويزه لانهضمان مقرون بالقرض (المسألة الثانية) ضمان نفقة المدة الماضية للزوجةصحيحةسواء كانت نفقة الموسرين أوالمعسرين وكذا ضمان الادام ونفقة الخادمة وسائر المؤن ولو ضمن نفقة اليوم فكمثل لانها تجب بطلوع الشمسوفى ضمان نفقة الغد والشهر المستقبل قولان بناء على أن النفقة تجب بالعقد أو بالتمكين (ان قلنا) بالاول وهو القديم صح (وان قلنا) بالثانى فلا وهو الاصح هكذا نقل عامة الاصحاب وأشار الامام الى أنه على قولين مع تفريعنا على أن ضمان مالا يجب باطل لان سبب وجوب النفقة على تعاقب الايام ناجز

وذهب ولم أفهم الفرق بين الصورتين من جهة كون الذهب نقداً والفلوس ليس بنقد *

﴿ فرع ﴾ من هذه المرتبة باع خاتم فضة فيه نص بفضة لا يجوز * وإن باعه بذهب ففيه القولان في الجميع بين بيع وصرف وهو نظير ما ذكره الشافعي في العبد إذا كان معه دراهم و باعه و بيع الذهب الأبريز بالهروي وسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى والله أعلم * ومن فروع قاعدة مد عجوة بعض المختلطات كالسكر المختلط ببعض الملبوب اذا بيع بمثله باطل * قاله الأمام قال الروياني كل ما خلط من شيئين فلا يجوز بيع بعضه ببعض *

﴿ فصل ﴾ المرتبة الثانية من قاعدة مد عجوة أن يختلف النوع أو الصفة من الطرفين أو من أحدها كما إذا باع مد عجوة ومد برني بمدى معقلي أو قفيز طعام وقفيز طعام رديء بقفيزين من طعام جيد أو رديء أو جيد ورديء أو باع مائة دينار جيد ومائة دينار رديء بمائتي دينار جيد أو رديء

وهو النكاح وهذا ما أورده المصنف وقال وفي ضمان ماسبق سبب وجوبه ولم يجب الى آخره وفيه اشكال لان سبب وجوب النفقة إما النكاح أو التمكين في النكاح ان كان الاول فالنفقة واجبة فكيف قال ولم يجب وان كان الثاني فالسبب غير موجود ويجوز أن يقال في الجواب المراد من سبب الوجوب ههنا ما تقرر به الوجوب بل المراد منه الامر الذي اذا وجد استعقب الوجوب ظاهرا عند وجود أمر آخر و بيان ذلك بأنهم نقلوا قولين فيما اذا ضمن أرش الجناية وما يتولد منها ومعلوم أن الجناية ليست سببا لما يتولد منها الا على هذا التفسير اما عند قولنا سبب الوجوب النكاح والتمكين فنعني به مايقترن به الوجوب فاذا جوزنا ضمان نفقة المستقبل فله شرطان (أحدهما) أن يقدر مدة أما اذا أطلق لم يصح فيما بعد الغد وفيه وجهان أخذا من الخلاف فيما اذا قال أجرتك كل شهر بدرهم ولم يقدر هل يصح في الشهر الاول (والثاني) أن يكون المضمون في نفقة المعسرين وان كان المضمون عنه موسرا أو متوسطا لانه ربما يعسر وفي التتمة وجه آخر أنه يجوز ضمان نفقة الموسرين والمتوسطين لان الظاهر استمرار ماله وضمان نفقة القريب للمدة المستقبلة لايجوز وفي ضمان نفقة اليوم وجهان والفرق أن سبيلها سبيل البر والصلة لاسبيل الديون ولهذا تسقط بمضي الزمان وضيافة الغير (المسألة الثالثة) من باع شيئا فخرج مستحقا فعليه رد الثمن ولا حاجة فيه الى شرط والتزام قال القفال ومن الحماقة اشتراط ذلك في العيالات(١) وان ضمن عنه ضامن ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج المبيع مستحقا فهذا ضمان العهدة ويسمى ضمان الدرك ايضا (أما) ضمان العهدة فقد قال في التتمة إنما سمي به لالتزامه ما في عهدة البائع رده ويجوز أخذه من شيئين آخرين (أحدهما) قال في الصحاح يقال في الأمر عهدة أي لم يحكم بعد وفي عقله عهدة أي ضعف فكأن

(١) كذا بالاصل فحرر

أو وسط أو مائة دينار جيدة أو مائة دينار رديئة أو ديناراً قاسانياً وديناراً سابوريا بقاسانيين أو سابوريين أوبقاساني وسابوري أو قاساني وأبريزي بقاسانيين أو ابريزيين أو قاساني وابريزي أو ديناراً صحيحاً وديناراً مكسوراً بدينارين صحيحين أو مكسورين أو صحيح ومكسور أو ذهب درة بيضاء وذهب درة حمراء بذهبي درة بيضاء أو حمراء أو دراهم صحاحا وغلة بدراهم صحاحا وغلة أو دينار مغربي ودينار سابوري بدينارين مغربيين أو حنطة حمراء وسمراء ببيضاء وإلى هذه المرتبة أشار الشافعي

الضامن ضمن ضعف العقد والتزم مايحتاج فيه من غرم (والثاني) قال العهدة الرجعة يقال أبيعك الملسى لاعهدة أي تتملس وينقلب فلا يرجع الى فالضامن التزم رجعة المشتري عليه عند الحاجة (وأما) الدرك فقد قال في الصحاح الدرك التبعة تسكن وتحرك وفي التتمة انه سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق من ماله وفي صحة هذا الضمان طريقان (أظهرهما) أنها على قولين (أحدهما) خرجه ابن سريج وغيره أنه لا يصح لأنه ضمان مالم يجب ولأنه لا يجوز الرهن به فكذلك الكفيل (وأصحهما) وهو نصه في آخر كتاب الاقرار أنه صحيح وبه قال أبوحنيفة ومالك وأحمد لاطباق الناس عليه وإيداعه الصكوك في جميع الاعصار والمعنى فيه أن الحاجة تمس إلى معاملة من لا يعرف من الغرماء ولا يوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظفر به لوظهر الاستحقاق فيحتاج الى التوثق (والثاني) القطع بالصحة حكاه القاضي ابن كج عن أبي اسحق وابن القطان وأجيب عن توجيه قول المنع بانه اذا بان الاستحقاق بان ان رد الثمن كان واجبا ألا انا كنا لا نعرفه (وأما) الرهن فالكلام فيه قد مر في كتاب الرهن *

﴿ التفريع ﴾ ان قلنا بالصحة فذلك اذا ضمن بعد قبض الثمن أما قبله فوجهان (أحدهما) الصحة لان الحاجة تدعوا اليه اذ ربما لايثق المشتري بتسليم الثمن الا بعد الاستيثاق (وأصحهما) المنع لأن الضمان انما يضمن مايدخل في ضمان البائع ويلزمه رده وقبل القبض لم يتحقق ذلك وكما يصح ضمان العهدة للمشتري يصح ضمان نقصان الصنجة للبائع بان جاء المشتري بصنجة ووزن بها الثمن فاتهمه البائع فيها فضمن ضامن النقصان ان كانت ناقصة وكذا ضمان رداءة الثمن إذا شك البائع في أن المؤدي هل هو من الضرب الذي يستحقه فاذا خرج ناقصاً أو رديئاً طالب البائع الضامن بالنقصان وبالضرب المستحق اذا رد المقبوض على المشتري ولو اختلف البائع والمشتري في نقصان الصنجة صدق البائع بيمينه فاذا حلف طالب المشتري بالنقصان ولا يطالب الضامن على أقيس الوجهين لان الاصل براءة ذمته فلا يطالب الا إذا اعترف بالنقصان أو قامت بينة عليه ولو اختلف البائع والضامن في نقصانها فالمصدق الضامن على أصح الوجهين لأن الأصل براءة ذمته بخلاف المشتري فان ذمته كانت

رضى الله عنه بمسألة المراطلة التي قال فيها ولو راطل بمائة دينار عتق مراونية ومائة دينار من ضرب مكروه بمائتي دينار من ضرب وسط وبقوله في مختصر البويطي إذا صارفه خمسين قطاعا وخمسين صحاحا بمائة صحاح وبقوله في الأملاء والأم الذي تقدم نقله عنه في التمر البردي والعجوة أو اللوز بالصيحاني والمشهور عند جمهور لأصحاب البطلان في هذه المرتبة أيضا وإلحاقها بالمرتبة الأولى وقد عرفت قوله في مختصر البويطي وقد قيل يجوز خمسين قطاع وخمسين صحاح بمائة صحاح وهذا القول الظاهر أن المراد منه قول بعض الأئمة المتقدمين كذكره في لأملاء وليس بقول للشافعي فلذلك

مشغولة بحق البائع والاصل بقاء الشغل • واعلم أن الأئمة صوروا ضمان نقصان الصنجة والرداءة في الثمن كما أوردناه قالوا هذا الضمان للبائع كضمان العهدة للمشترى وحكى هذا صاحب الكتاب في الوسيط فاما ههنا فانه قال وكذا ضمان نقصان الصنجة ورداءة الجنس في المبيع تصور ضمان الرداءة في المبيع وهذا يمكن فرضه فيما إذا باع وشرط كونه من نوع كذا فخرج المبيع من نوع أردأ منه ثبت للمشترى الخيار والرجوع بالثمن واذا ضمن ضامن كان له الرجوع على الضامن أيضاً وكذا نقصان الصنجة يمكن تصوير ضمانه في المبيع بان باع بشرط أنه كذا منا فانه اذا خرج دونه يبطل المبيع على قول و يثبت للمشترى الخيار على قول كما مر فاذا ضمنه ضامن رجع بالثمن عليه وفي الصورتين يكون الضمان للمشتري كضمان العهدة ولوضمن عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبا فرده أو بان فساد المبيع بسبب غير الاستحقاق لتخلف شرط معتبر في المبيع واقتران شرط فاسد ففيه وجهان (أحدهما) أنه لايصح (أما) في خروجه معيباً فلأن وجوب رد الثمن على البائع ههنا بسبب حادث وهو الفسخ فالضمان سابق عليه فيكون ضمان مالم يجب (وأما) في ظهور الفساد بغير الاستحقاق فلان هذا الضمان انما جوز للحاجة وانما تظهر الحاجة في الاستحقاق ولان التحرز عند ظهور الاستحقاق لا يمكن والتحرز عن سائر أسباب الفساد ممكن (والثانى) يصح لان الحاجة قد تمس اليه أيضاً في معاملة الغرماء ومن لايوثق بالظفر به كما تمس الى الضمان بسبب الاستحقاق وذكر في التتمة أن المذهب هو الوجه الأول لكن أصحابنا العراقيين أجابوا بالثاني ورووه عن ابن سريج ونفى صاحب البيان الخلاف فيه (فان قلنا) بالصحة اذا ضمن ذلك صريحاً فقد حكى الامام وصاحب الكتاب وجهين في اندراجه تحت مطلق ضمان العهدة ونحن نجمع مايطالب به ضامن العهدة في فصل محتوش بفصلين و يضمن ثلاثتها بقية مسائل الباب •

﴿ فصل أول ﴾ من الفاظ هذا الضمان أن تقول للمشترى ضمنت لك عهدته أو دركه أو خلاصك منه ولو قال ضمنت لك خلاص المبيع لم يصح لانه لم يستقل بتخليصه بعد ظهور الاستحقاق

لا يحكى عن الشافعى خلاف فى ذلك وهل هو من نقل الشافعي أو البويطى ظاهر كلام القفال الثانى فأنه قال ما حكى البويطى أنه يجوز فليس بشىء والأقرب أنه من كلام الشافعى لأنه فى الأملاء ووافق القفال على أن ذلك من كلام البويطى صاحب التلخيص وجعله عائدا إلى جميع صور اختلاف النوع فى التمر والنقد وقد حكى وجه فى طريقة الخراسانيين روى عن حكاية صاحب التقريب وغيره أن صفة الصحة فى محل المسامحة ورأى أن التفاوت فى الصحة لا يضر وحكي الفورانى وغيره وجهين فى بيع الصحانى والبرنى بالصحانى أو بالبرنى والصحانى وفى بيع الصحيح والمكسور بالصحيح أو المكسور أو بهما وفى الجيد والردىء بالجيدين أو الرديئين وأشار القاضي حسين إلى

ولو ضمن عهدة الثمن وخلاص المبيع معالم يصح ضمان الخلاص وفى العهدة قولا تفريق الصفة ولو شرط في المبيع كفيلا بخلاص المبيع بطل بخلاف مالو شرط كفيلا بالثمن و يشترط أن يكون قدر الثمن معلوماً للضامن فان لم يكن فهو كما لو لم يكن قدر الثمن معلوما فى المرابحة و يجوز ضمان المسلم فيه للمسلم اليه لو خرج رأس المال مستحقاً بعد تسليم المسلم فيه وقبله لا يجوز فى أصح الوجهين ولا يجوز ضمان رأس المال للمسلم لو خرج المسلم فيه مستحقاً لان المسلم فيه فى الذمة والاستحقاق لا يتصور فيه وانما يتصور فى المقبوض وحينئذ يطالب المسلم بمثله لا برأس المال *

﴿ فصل ثان ﴾ اذا ظهر الاستحقاق فالمشترى يطالب من شاء من البائع والضامن ولا فرق فى الاستحقاق بين أن يخرج مغصوبا و بين أن يخرج شقصا قد ثبتت فيه الشفعة ببيع سابق فاخذه الشفيع بذلك المبيع ولو بان فساد البيع بشرط أو غيره ففى مطالبة الضامن وجهان (أحدهما) يطالب كما لو خرج مستحقا (والثانى) لا للاستغناء عنه بامكان حبس المبيع الى استرداد الثمن لان السابق الى الفهم من ضمان العهدة هو الرجوع بسبب الاستحقاق ولو خرج المبيع معيبا فرده المشترى ففى مطالبة الضامن بالثمن وجهان وأولى بان لا يطالب و به قال المزنى وابن سريج لان الرد ههنا سبب حادث وهو مختار فيه فاشبه ماذا فسخ بخيار شرط ومجلس أو تقايلا وهذا اذا كان العيب مقرونا بالعقد اما اذا حدث فى يد البائع بعد العقد ففى التتمة انه لا يطالب الضامن بالثمن وجها واحد لانه لم يكن سبب رد الثمن مقرونا بالعقد ولم يوجد من البائع تفريط فيه وفى العيب الموجود عند البيع سبب الرد مقرون بالعقد والبائع مفرط بالاخفاء وما لحق بالاستحقاق على رأى المبيع قبل القبض و بعد قبض الثمن وانفسخ العقد فهل يطالب الضامن بالثمن إن قلنا انه ينفسخ من أصله فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق وان قلنا من حينه كالرد بالعيب ولوخرج بعض المبيع مستحقاً ففى صحة البيع فى الباقى قولا تفريق الصفقة ان قلنا يصح فاختار المشترى إن قلنا يخير بجميع

حكاية هذا الوجه فى الصحيح والمكسور وحكاية القفال فى شرح التلخيص عن بعض أصحابنا لكن حكاه فى صورة بيع الصحيح بالمكسور والصحيح وسكت عنه وعلله بأن صاحب الصحاح حاكى وحكاه فى مسألة بيع الصحاح والمكسر بالصحاح والمكسر ورد عليه (وأما) مسألة بيع الصحاح والمكسر بالمكسر فجزم بالبطلان ولم يحك فيها خلاف والقياس جريانه وجزم القفال أيضا فى مسألة الدنانير العتق والجدد بمثلها أو بجدد أو عتق بالبطلان وصرح صاحب البيان بحكاية الوجه عن بعض أصحابنا الخراسانيين فى نوعى الجنس الواحد مطلقاً وقد تقدم منى التنبيه فى فرع ذكره

الثمن لم يطالب الضامن بشيء وان قلنا يختر بالحصة طالبه بحصة المستحق من الثمن وان فسخ طالب بحصة المستحق من الثمن ومطالبته بحصة الباقى من الثمن كمطالبته عند الفسخ بالعيب وان قلنا لا يصح ففى مطالبته بالثمن طريقان (أحدهما) انه كما لو بان فساد العقد بشرط ونحوه (والثانى) القطع بتوجيه المطالبة لاستناد الفساد الى الاستحقاق وهذا كله فيما اذا كانت صيغة الضمان شيئا مما ذكرنا فى الفصل الاول اما اذا كان قد عين جهة الاستحقاق فقال ضمنت لك الثمن متى خرج المبيع مستحقا لم يطالب بجهة أخرى *

﴿ فصل ثالث ﴾ اشترى أرضا و بنى فيها أو غرس ثم خرجت مستحقة وقلع المستحق البناء والغراس فهل يجب ارش النقصان على البائع وهو مابين قيمته قائما ومقلوعا فيه خلاف مذكور فى الكتاب فى آخر الغصب والظاهر وجوبه وهو الذى حكاه القاضى أبو القاسم الصيمري عن الشافعى رضى الله عنه فى عالل الشروط *وحكى عن أبى حنيفة ان كان البائع حاضراً رجع المشترى بقيمة البنا والغراس عليه قائما ثم المستحق ان شاء أعطى البائع قيمته مقلوعا وان شاء أمره بقلعه وان كان البائع غائبا قال المستحق للمشترى ان شئت أعطيتك قيمته مقلوعا والا فاقلعه فان قلعه رجع على المشترى بقيمته على البائع مقلوعاً لأنه سلمه إليه مقلوعاً وإذا قلنا بوجوب الأرش على البائع فلو ضمنه ضامن نظر ان كان قبل ظهور الاستحقاق لم يصح لانه مجهول ولأنه ضمان ماليس بواجب وان كان بعد الاستحقاق وقبل القلع فكمثل * وقال ابو حنيفة يصح فى الصورتين وان ضمنه بعد القلع وكان قدره معلوما صح وان ضمن ضامن عهدة الارض وأرش نقص البناء والغراس فى عقدة واحدة لم يصح فى الارش وفى العهدة قولا تفريق الصفقة ولو كان البيع بشرط أن يعطيه كفيلا فهو كما لو شرط فى البيع رهنا فاسدا وذكر جماعة من الاصحاب أن ضمان نقص البناء والغراس كما لا يصح من غير البائع لا يصح من البائع وهذا ان أريد به أنه لغو كما لو ضمن العهدة لوجوب الارش عليه من غير الزام فهو مستمر على ظاهر المذهب والا فهو ذهاب منه الى أنه لا أرش عليه والله أعلم *

القاضى أبو الطيب اذا اشترى دنانير بدنانير فوجد ببعضها عيباً من جنسها كان البيع باطلا وخالفه الشيخ أبو حامدوالمحاملى والماوردى ونبهت على أن مخالفتهم انما تتم اذا فرعنا على هذا الوجه مع أنهم فى هذا الموضع صرحوا بأنه لا يجوز بيع الجيد والردىء بالجيد والردىء وابن الصباغ قال فى ذلك إن الذى يجىء على المذهب ما قاله القاضى أبو الطيب والأمر كما قال وهذا الوجه موافق لمذهب أبي حنيفة رحمه الله وأحمد فى المشهور من مذهبه غير أن أباحنيفة طرده عند اختلاف الجنس كما

قال ﴿ واحترزنا باللازم عن نجوم الكتابة فلا يصح ضمانها * ويصح (و) ضمان الثمن فى مدة الخيار اذ مصيره الى اللزوم * وفى ضمان الجعل فى الجعالة وجهان ﴾ *

(الصفة الثانية) اللزوم فى الديون والديون الثابتة ضربان (أحدهما) مالا مصير له إلى اللزوم بحال مثل نجوم الكتابة فلا يصح ضمانها كما لايصح الرهن بها هذا هو المشهور وفيه وجه أنه يصح و به قال أبو حنيفة ولم أجد هذا الوجه عن الشيخ أبي محمد أن ابن سريج خرجه على ضمان مالم يجب ووجد سبب وجوبه وذكرالقاضى ابن كج أنه مأخوذ من تجويز ضمان الجعل فى الجعالة على أحد الرأيين ولو ضمن انسان عن المكاتب عين نجوم الكتابة نظر ان ضمنه لاجنبي صح واذا غرم رجع علي المكاتب اذا كان الضمان باذنه وان ضمنه لسيده يبني ذلك على أن الدين هل يسقط بعجزه وهوعلى وجهين (إن قلنا) نعم لم يصح الضمان للنجوم في الاصح (والضرب الثانى) ماله مصير الى اللزوم فينظر ان كان لازما فى حال الضمان صح ضمانه سواء كان مستقرا أو لم يكن كالمهر قبل الدخول والثمن قبل قبض المبيع لحاجة التوثيق ولا نظر الى احتمال سقوطه كما لانظر الى احتمال سقوط المستقر بالابراء والرد بالعيب وماأشبههما وان لم يكن لازما حال الضمان فهوعلى قسمين (أحدهما) ما الاصل فى وضعه اللزوم كالثمن فى مدة الخيار فى ضمانه وجهان (أحدهما) المنع لانه ليس بلازم (وأصحهما) وقدقطع به بعضهم الجواز لانه ينتهى الى اللزوم بنفسه عن قريب فيحتاج فيه الى التوثيق ثم فيه نظران (أحدهما) أن الخلاف على ماذكره صاحب التتمة مفروض فيما اذا كان الخيار للمشترى أولهما أما إذا كان للبائع وحده صح ضمانه بلا خلاف لأن الدين لازم فى حق من عليه (والثاني) اشار الامام الى ان تصحيح الضمان مفرع على أن الخيار لايمنع نقل الملك فى الثمن الى البائع (اما) اذا منعه فهو ضمان ما لم يثبت بعد وقد ذكر مثل هذا الاستدراك فى الرهن على ما مر (والثانى) ما الأصل فى وضعه الجواز كالجعل فى الجعالة فيه وجهان كما ذكرنا فى صحة الرهن به وموضع الوجهين بعد الشروع فى العمل وقبل تمامه على ما بيناه ثم وضمان مال المسابقة يبني على انها جعالة او إجارة ان كان اجارة صح والافهو كضمان الجعل *

تقدم على التفصيل المذكور وهذا القائل من أصحابنا وأحدلم يطرداه بل خصاه باختلاف النوع لاغير وصاحب التقريب قصره على الصحيح والمكسور وكذلك إمام الحرمين وافق على ماقاله صاحب التقريب وقال إن التوزيع فى أصلها باطل عندى وهو فى هذه الصورة نهاية الفسادفأن الصفقة اذا انطوت على عشرة من جانب نصفها مكسورة وعلى عشرة على هذا الوجه من الجانب الثانى فتكلف التوزيع فى هذا غلو واشتغال بجلب التفاضل على مكلف وقد صارت المماثلة محسوسة بين الجملتين ثم هوفى وضوحه فى المعني يعتضد بما يقرب إدعاء الوفاق فيه فما زال الناس يبيعون المكسرة بالصحاح

قال ﴿ واحترزنا بالمعلوم عن ضمان المجهول وهو باطل (ح) على الجديد * وكذلك الابراء (ح) عن المجهول * والصحيح جواز ضمان أبل الدية كما يجوز الابراء عنها * ولو قال ضمنت من واحد إلى عشرة فاشهر القولين الصحة ﴾*

(الصفة الثالثة) كونه معلوما وفيها صور (احداها) فى ضمان المجهول طريقان كالطريقين المذكورين فى ضمان مالم يجب ووجه الجديد أنه اثبات مال فى الذمة بعقد فاشبه البيع والاجارة (واذا قلنا) بالقديم و به قال أبو حنيفة ومالك فالشرط أن تتأتى الاحاطة به بأن يقول أنا ضامن لثمن ما بعت من فلان وهو جاهل به فان معرفته متيسرة (أما) إذا قال ضمنت لك شيئا مما لك على فلان فهو باطل لامحالة والقولان في صحة ضمان المجهول جاريان فى صحة الابراء عن المجهول بطريق الأولى لان الضمان التزام والابراء اسقاط وذكروا للخلاف فى الأبراء مأخذين (أحدهما) الخلاف فى صحة شرط البراءة من العيوب فان العيوب مجهولة الأنواع والأقدار (والثانى) أن الابراء محض اسقاط كالاعتاق أو هو تمليك للمديون مافي ذمته ثم اذا ملكه سقط وفيه رأيان (ان قلنا) اسقاط صح الابراء عن المجهول وهو قول أبي حنيفة ومالك (وان قلنا) تمليك لم يصح وهو ظاهر المذهب وخرجوا علي هذا الاصل مسائل (منها) لو عرف المشترى قدر الدين ولم يعرف المبرأ عنه وسنذكره فى الوكالة فان فى الكتاب تعرضا له هنك (ومنها) لو كان له دين على هذا ودين على هذا فقال أبرأت أحدكما (ان قلنا) انه اسقاط صح وأخذ بالبيان (وإن قلنا) تمليك لم يصح كما لو كان فى يد كل واحد منهما عبد فقال ملكت أحدهما العبد الذى فى يده (ومنها) لو كان لابيه دين على انسان فأبرأه هو ولا يعلم موت مورثه (ان قلنا) انه اسقاط صح كما لو قال لعبد أبيه اعتقتك هو يعلم موت الاب (وان قلنا) تمليك فهو كما لو باع مال أبيه علي ظن أنه حي وهو ميت (ومنها) أنه لايحتاج الى القبول ان جعلناه اسقاطا وان جعلناه تمليكا فنص ابن سريج انه لابد من القبول وظاهر المذهب أنه لاحاجة اليه لانه ان كان تمليكا فالمقصود منه الاسقاط وقد نص على هذا فى كتاب

والمكسرة لو قسمت لكان فيها قطع كبار وصغار والقيمة تتفاوت فى ذلك تفاوتا ظاهرا ثم لم يشترط أحد تساوى صفة القطاع فقد خرجت هذه المسائل على ماذكرناه أولا فمن راعي التوزيع أفسد البيع ومن تعلق بما ذكرناه حكم بالصحة لتحقق تماثل الجملتين ولأجل هذا الكلام من الأمام قطع الارعيانى(١)على ماحكى عنه في فتاوي النهاية بالصحة وهو المختار لما سنذكره وأشار الغزالى رحمه الله تعالى فى الوسيط الى ترجيحه (وقال) فى البسيط إن القياس الصحة قال ولا يزال الناس يتبايعون الدراهم وهى تشتمل على الصحاح والمكسرات والمكسرات منها تشتمل الكبار والصغار وكذلك

الايمان فان اعتبرنا القبول ارتد بالرد وان لم نعتبره ففى ارتداده بالرد وجهان وهذه المسائل مخرجة على المأخذ المذكور أوردها صاحب التتمة مع اخوات لها واحتج للرأي الذاهب الى كونه تمليكا بأنه لو قال المديون ملكتك مافى ذمتك صح و برئت ذمته عن غير نية وقرينة ولولا أنه تمليك لافتقرالى نية أو قرينة كما اذا قال لعبده ملكتك رقبتك أو لزوجته ملكتك نفسك يحتاج الى النية *

﴿ فرع ﴾ لو جاء المغتاب الى من اغتابه فقال انى اغتبتك فاجعلنى فى حل ففعل وهو لا يدرى بما اغتابه فوجهان (أحدهما) انه يبرأ لان هذا اسقاط محض فصار اذا كما عرف أن عبدا قطع عضوا من عبده ولم يعرف عين العضو المقطوع فعفي عن القصاص يصح (والثانى) لا لان المقصود حصول رضاه والرضا بمجهول لايمكن وتخالف مسألة القصاص لان العفو على القصاص مبني على التغليب والسراية واسقاط المظالم غير مبني عليه (الصورة الثانية) ضمان أروش الجنايات صحيح ان كان دراهم أو دنانير وفى ضمان ابل الدية اذا لم نجوز ضمان المجهول وجهان ويقال قولان (أحدهما) المنع لانها مجهولة الصفة واللون (والثانى) انه صحيح أيضا لانها معلومة السن والعدد والرجوع فى اللون والصفة الى غالب ابل البلد ولأن الضمان تلو الابراء والابراء عنها صحيح فكذا الضمان وهذا الاظهر ومنهم من قطع به ثم اذا كان الضمان بحيث يقتضى الرجوع فيرجع بالحيوان أو بالقيمة قال الامام لايمتنع ان يجرى فيه الخلاف المذكور فى اقراض الحيوان ولا يجوز ضمان الدية على العاقلة قبل تمام السنة لانها غير ثابتة بعد (الثالثة) اذا منعنا ضمان المجهول فلو قال ضمنت ما لك على فلان من درهم الى عشرة ففيه قولان على مارواه الغزالى والصيدلانى ووجهان على ماورواه الامام وآخرون (أحدهما) أنه لايصح لما فيه من الجهالة (وأظهرهما) الصحة لأن المنع من ضمان المجهول لما فيه من الغرر واذا ثبتت الغاية الملتزمة فقد وطن نفسه عليها وانتفي الغرر (واذا قلنا) بالصحة وكان له عليه عشرة أو أكثر يلزمه عشرة ادخالا للطرفين فى الملتزم أو ثمانية اخراجا لها أو تسعة ادخالا للطرف الأول لأنه مبدأ الالتزام فيه ثلاثة أوجه سيعود مثلها في

(١) كذا بالاصل فحرر

الدنانير تشتمل على أنواع مختلفة يعرف الصيارف صرفها وفضل بعضها على بعض ولم يتكلفوا قط تمييزها وكذلك التمر اذا بيع بالتمر ويشتمل الصاع على تمرات رديئة وأخرى جيدة ولو فضلت لتفاوتت قيمتها وابطال بيعها بعيد واعلم أن هذه المسائل التى استشهد بها فيها توقف لأن صاحب التتمة ثم صاحب البحر ذكر أنه ان ميز بين صغار التمر وكباره فباع صاعاً من الصغار وصاعاً من الكبار بصاع من الصغار وصاع من الكبار فالحكم كالحكم فيما لو باع درهما وديناراً بدرهم ودينار وهما من ضرب

الاقرار قال في التهذيب والاصح الاول ولو قال ضمنت لك مابين درهم وعشرة فان عرف أن دينه لاينقص عن عشرة صح وكان ضامناً لثمانية وان لم يعرف ففى صحته فى الثمانية قولان أو الوجهان ولو قال ضمنت لك الدراهم التى لك على فلان وهو لايعرف مبلغها فهل يصح فى ثلاثة لدخولها فى اللفظ على كل حال فيه وجهان كما لو قال أجرتك كل شهر بدرهم هل يصح فى الشهر الاول وهذه المسائل بعينها جارية فى الابراء فاذا عرفت ماذكرنا لم يخف عليك أن قوله فى أول الركن ثابتاً لازماً معلوماً ينتظم أعلام ثلاثتها - بالحاء والميم والواو - وأنه يدخل فى الضبط المذكور فى الزكاة فيجوز ضمانها عمن هى عليه وفى تجربة الروياني ذكر وجه آخر أنه لايجوز لانها حق الله تعالى فاشبه الكفالة بندب الشاهد لأداء الشهادة وعلى الصحيح هل يعتبر الاذن عند الاداء قال فيه وجهان (أظهرهما) الأعتبار ويجوز ضمان المنافع الثابتة فى الذمم كالاموال *

قال ﴿ ويصح (و) كفالة البدن عن كل من وجب عليه الحضور بمجلس الحكم من زوجة أو عبد آبق أو من عليه عقوبة لآدمى على الاظهر لانه حق كالدين فلا يشترط كونه مالا * وكذلك ضمان عين المغصوب والمبيع * وكل مايجب مؤنة تسليمه دون الوديعة والامانات * وتصح كفالة البدن ممن ادعى عليه وان لم تقم عليه البينة بالدين اذ الحضور مستحق عليه * ومعناها الزام احضاره وتصح الكفالة ببدن الميت اذ قد يستحق احضاره لاداء الشهادة على صورته ﴾ *

الكلام فى هذا الموضع الى آخر الركن فى كفالة البدن وتسمى كفالة الوجه أيضا وانما أوردها فى هذا الموضع لاستغنائها عن المضمون فان الشيء المضمون قد يكون حقا على الشخص وقد يكون نفس الشخص ولفظ الكتاب فى أول الباب عند ذكر الأركان فى بعض النسخ وهى ستة وذلك على عد كفالة البدن ركنا برأسها وكذلك أورد فى الوسيط ركن الصيغة هو الركن السادس وفى بعض النسخ وهى خمسة وركن الصيغة هو الركن الخامس وهذا أحسن * وفقه الفصل أن الشافعى رضى الله عنه نص فى أكثر المواضع على أن كفالة البدن صحيحة وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد رحمهم الله وذكر فى الدعوى والبينات أن كفالة البدن ضعيفة وللاصحاب طريقتان (أشهرهما) وبها قال

واحد فأما اذا لم يميز بين الصغار والكبار ولكن أراد أن يبيع صاعين بصاعين فلا شك أنه يشتمل كل عوض على الصغار والكبار فما حكم العقد اختلف أصحابنا فمنهم من قال اذا كان بين أحد العوضين تفاوت لا يصح العقد وان لم يكن متميزا والشرط فى بيع مال الربا بجنسه أن تتساوى أجزاء كل واحد من العوضين لأن الاختلاف بين الأجزاء يقتضى أن يفرد البعض عن البعض وتحقيق المقابلة والتقسيط يؤدى ذلك إلى الربا وهو اختيار القاضى الامام حسين ومن أصحابنا من قال إذا باع صاعا بصاع وفى كل واحد منهما صغار و كبار إن كان الصغار ظاهرة فيما بين الكبار بحيث يتعين ذلك

المزنى وأبو إسحق أن فيها قولين (أصحهما) الصحة لأطباق الناس عليها فى الاعصار ومساس الحاجة اليها (الثانى) المنع لانها ضمان مالا يدخل تحت اليد ولا يقدر على تسليمه (والثانية) القطع بالصحة وحمل ماذكره في الدعاوى على ضعفها من جهة القياس و يتفرع على القول بصحتها مسائل وتفريعات يشتمل الفصل منها على مسألتين(إحداها) فيمن يتكفل ببدنه وتجوز الكفالة ببدن من عليه مال ولا يشترط العلم بمبلغ ذلك المال لان الكفالة بالبدن لا بالمال وفيه وجه أنه يشترط بناء على أنه لو مات غرم الكفيل ماعليه و يشترط أن يكون ذلك المال بحيث لو ضمنه لصح حتى لو تكفل انسان ببدن المكاتب للنجوم التى عليه لم يصح لانه لو ضمن النجوم لم يصح فالكفالة بالبدن للنجوم أولى أن تصح ذكره العراقيون وغيرهم (أما) اذا كان عليه عقوبة فينظر ان كانت من حقوق الآدميين كالقصاص وحد القذف فقد نص فى اللعان أنه لا يضمن رجل فى حد ولا لعان وعن نقل المزنى فى الجامع الكبير أنه قال تجوز الكفالة بمن عليه حق أوحد واختلاف الاصحاب فيه على طرق (أظهرها) ويحكي عن ابن سريج أنه على قولين (أحدهما) الجواز لانه حق لازم فاشبه المال ولان الحضور مستحق عليه فجاز التزام احضاره (والثانى) المنع لان العقوبات مبنية على الدفع فتقطع الذرائع المؤدية الى توسعها وعن الشيخ أبي حامد بناء القولين علي أنه اذا مات المكفول ببدنه هل يغرم الكفيل ماعليه من الدين (ان قلنا) نعم لم تصح الكفالة ههنا لأنه لم يمكن مؤاخذته بما عليه (وان قلنا) لا صحت كما لو تكفل ببدن من عليه مال وقضية هذا البناء أن يكون قول التصحيح أظهر وهو اختيار القفال وصاحب الكتاب وادعى القاضى الرويانى أن المذهب المنع (والطريق الثانى) القطع بالجواز وحمل ماذكره فى اللعان على الكفالة بنفس الحد (والثالث) القطع بالمنع لانه لاتجوز الكفالة بما عليه فلا تجوز الكفالة ببدنه رواه القاضى الرويانى فى اللعان وان كانت العقوبة من حدود الله تعالى فالمشهور أنه لاتصح الكفالة ببدنه لانها للتوثيق وحدود الله تعالى يسعى فى دفعها ماأمكن وعن أبي الطيب بن سلمة وابن خيران طرد القولين فيه والخلاف فى هذا الباب شبيه

ذلك للنظار لكنه من غير تأمل فلا يصح العقد وان لم تكن الصغار ظاهرة فيها بين الكبار فالعقد صحيح وصار كما لو باع أرضاً وفيها معدن ذهب بذهب إن كان المعدن ظاهراً لا يصح العقد وإن لم يكن ظاهراً يصح العقد فعلى هذا يحتاج أن يفرق بين أن تكون الصغار مختلطة بالكبار و بين أن تكون مفردة لأنه لو التقط الصغار عن الجملة وميزها عنها ثم باع الصغار والكبار بالصغار والكبار فيكون الحكم على ما تقدم والفرق أن عند التميز كل نوع مقصود فى نفسه وعند الاختلاط الجملة مقصودة وكل نوع فى نفسه غير مقصود وتظهر هذه المسألة أن عند الاختلاط لو باع صاعين بدرهمين

بالخلاف فى ثبوت العقوبات بالشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى * هذا حكم من عليه مال أو عقوبة وضبط الامام والمصنف من يكفل ببدنه بما يدخل فيه هذان وغيرهما فقال حاصل كفالة البدن التزام احضار المكفول ببدنه و بكل من يلزمه حضوره مجلس الحكم عند الاستعداء أو يستحق احضاره تجوز الكفالة ببدنه ويخرج على هذا الضبط صور (منها) الكفالة ببدن امرأة يدعى رجل زوجيتها صحيحة لان الحضور مستحق عليها وكذلك الكفالة بها لمن ثبتت زوجيته وقال فى التتمة الظاهر أن حكم هذه الكفالة حكم الكفالة ببدن من عليه القصاص لان المستحق عليها لايقبل النيابة (ومنها) لو تكفل ببدن عبد آبق لمالكه عن ابن سريج أنه يصح ويلزمه السعي فى رده ويجيء فيه مثل ماحكيناه فى الزوجة (ومنها) الميت قد يستحق احضاره ليقيم الشهود الشهادة على صورته إذا تحملوها كذلك ولم يعرفوا اسمه ونسبه واذا كان كذلك فتصح الكفالة ببدنه ولو تكفل ببدن حى فمات فسيأتى ان شاء الله تعالى (ومنها) الصبي والمجنون قد يستحق احضارهما لاقامة الشهادة على صورتهما فى الاتلافات وغيرها فتجوز الكفالة بهما ثم ان كفل باذن وليهما فله مطالبة الولى باحضارهما عند الحاجة وان تكفل بغير اذنه فهو كالكفالة ببدن العاقل البالغ بغير اذنه (ومنها) قال الامام لو تكفل رجل ببغداد ببدن رجل بالبصرة فالكفالة باطلة لأن من بالبصرة لا يلزمه الحضور ببغداد فى الخصومات والكفيل فرع المكفول ببدنه فاذا لم يجب عليه الحضور لايمكن إيجاب الاحضار على الكفيل واعلم أن الحق الذي تجوز بسببه الكفالة إن ثبت على المكفول ببدنه باقرار أو بينة فذاك وان لم يثبت لكنه ادعى عليه فلم ينكر وسكت صحت الكفالة أيضا وان أنكر فوجهان (أحدهما) أنها لاتصح لان الاصل أن لاحق عليه وقد تأيد ذلك بصريح انكاره والكفالة ببدن من لاحق عليه باطلة (وأصحهما) الجواز لان الحضور مستحق عليه فجاز التزام احضاره ومعظم الكفالات فى الخصومات انما يتفق قبل ثبوت الحقوق وتجوز الكفالة ببدن الغائب والمحبوس وان تعذر تحصيل الغرض فى الحال كما يجوز للمعسر

ثم خرج أحد الصاعين مستحقاً يسترد بازائه درهما من الجملة و إذا كانت الصغار مفردة عن الكل فخرج أحد القسمين مستحقاً لا يسترد بازائه درهما من الثمن و إنما يسترد ما يقابله باعتبار القيمة* انتهى كلام صاحب التتمة وملخصه عند عدم التمييز وجهان (أحدهما) لا يصح مطلقاً (والثانى) ان كانت ظاهرة تظهر من غير تأمل لم يصح والاصح والوجهان ضعيفان والصواب الصحة مطلقاً عند عدم التمييز سواء ظهرت أم لم تظهر فأن فى صحيح مسلم «أن رسول الله ﷺ بعث أخا بنى عدى الأنصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول ﷺ أ كل تمر خيبر هكذا قال لا والله

ضمان المال * وقال أبو حنيفة لايجوز ويجب أن يكون المكفول ببدنه معينا فلو كفل ببدن أحد هذين لم يصح كما لو ضمن أحد الدينين (المسألة الثانية) فى ضمان الاعيان - اذا ضمن عينا لمالكها وهى فى يد غيره نظر ان كانت مضمونة عليه كالمغصوب والمستعار والمستام والامانات اذا خان فيها فله تصويران (أحدهما) أن يضمن رد أعيانها (والمشهور) تخريجه على قولى كفالة الابدان ومنهم من قطع بالجواز مع اثبات الخلاف فى كفالة الابدان والفرق أن حضور الخصم ليس مقصودا فى نفسه وانما هو ذريعة الى تحصيل المال فالتزام المقصود أولى بالصحة من التزام الذريعة وان جوزنا و به قال أبو حنيفة وأحمد فردها برىء من الضمان وان تلفت وتعذر ردها فهل عليه قيمتها فيه وجهان كالوجهين فى وجوب الغرم على الكفيل اذا مات المكفول ببدنه فان أوجبنا فيجب فى المغصوب أقصي القيم أم قيمته يوم التلف لان الكفيل لم يكن متعديا حكى الامام فيه وجهين ولو ضمن تسليم المبيع وهو بعد بيد البائع جرى الخلاف فى الضمان ان صححناه وتلف انفسخ البيع فان لم يوف المشترى الثمن لم يطالب الضامن بشىء وان كان قد وفاه عاد الوجهان فى أن الضامن هل يغرم فان غرمناه فيغرم الثمن أو أقل الامرين من الثمن وقيمة المبيع فيه وجهان (أظهرهما) أولهما (والتصوير الثانى) أن يضمن قيمتها لو تلفت قال فى التهذيب يبني ذلك على أن المكفول ببدنه اذا مات هل يغرم الكفيل الدين (إن قلنا) نعم صح ضمان القيمة لو تلفت العين والا لم يصح وهو الاصح وأيضا فان القيمة قبل تلف العين ليست بواجبة فيكون ضمان مالم يجب وان لم تكن مضمونة العين على صاحب اليد كالوديعة ومال الشركة والمال فى يد الوكيل والوصي لم يصح ضمانها لأنها غير العين مضمونة ولا مضمون الرد وانما الذى يجب على الامين مجرد التخلية ولو تكفل ببدن العبد الجاني جناية توجب المال فهو كما لو ضمن عينا من الاعيان (ومنهم) من جزم بالمنع والفرق أن العين المضمونة مستحقة ونفس العبد ليست بمستحقة وانما المقصود تحصيل الارش من بدله و بدله مجهول ولو باع ثوبا بشىء أو دراهم معينة فضمن ضامن عهدة المبيع حتي اذا خرج مستحقا رد عليه الثمن وهو قائم فى يد البائع فهذا من صور ضمان الأعيان وان تلف فى يد البائع فضمن قيمته فهو كما لو كان الثمن فى الذمة وضمن العهدة ولو رهن ثوبا من انسان ولم يقبضه فضمن رجل تسليمه لم يصح لان ضمانه ضمان ما ليس بلازم (أما) لفظ الكتاب فقد وقع فى ترتيبه بعض

يا رسول الله انا نشترى الصاع بالصاعين من الجمع فقال رسول ﷺ لا تفعلوا ولـكن مثلا بمثل أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان» وجه الدلالة أن الجمع اسم لما يجمع أنواع التمر وقد خيره النبي ﷺ بين أن يشتري صاعاً من الحبيب بصاع منه وبين أن يشترى بثمنه ولم يفصل النبي ﷺ بين أن يكون بعض الأنواع ظاهراً من ذلك أولا مع أن الجمع يظهر الاختلاط فيه وان كان غير متميز والله أعلم * وأما إذا كان كل نوع متميزا منفصلا ففي الحاقه بما يدل عليه الحديث نظر أن المختلط لا يوزع أهل العرف الثمن عليه بل يقومون شيئاً واحداً والتميز يقوم أهل العرف كل واحد على حدة والله أعلم * وبما ذكرته وما قاله صاحب التتمة يظهر وجه الاعتراض على ما استشهد به

التغيير لا عن غفلة لـكنه اكتفى بالشرح (وقوله) وتصح كفالة البدن معلم - بالواو - (وقوله) عن كل من وجب عليه حضور مجلس الحكم هو الضبط الذى ذكره الامام (وقوله) على الأظهر أى فى من عليه عقوبة لآدمى ولم يقصد صرف الخلاف الى الزوجة والعبد الآبق على ماهو واضح فى الوسيط كما أسلفنا فيهما مايقتضى الخلاف فيجوز اعلام الزوجة والعبد - بالواو - (وقوله) من عليه عقوبة لآدمى يصح اعلامه - بالالف - لأن أحمد لا يجوز الـكفالة ببدنه (وقوله) ولا يشترط كونه مالا ليس مسألة أخرى بل هو تتمة وايضاح لما سبق (وقوله) وكذا ضمان عين المغصوب معلم - بالواو - *

قال ﴿ ويخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه فى المكان الذى شرط أراده المستحق أو أباه الا أن يكون دونه يد جليلة مانعة فلا يكون تسليما * ويلزمه اتباعه فى غيبته أن عرف مكانه * فان مات او هرب أو اختفى فالصحيح انه لا يلزمه شيء * وقيل يلزمه الدين ان قامت به البينة (فان قلنا) لا يلزمه شيء سوى الاحضار فلا تجوز الـكفالة دون رضا المكفول ببدنه وتجوز الـكفالة ببدن الـكفيل كما يجوز ضمان الضامن * فاذا مات المكفول له انتقل الحق الى ورثته على الاظهر * ومهما حضر بنفسه برىء الـكفيل كما لو أدى الاصيل الدين ﴾ *

فى الفصل مسائل مفرعة على صحة الكفالة بعضها مصرح به و بعضها مشار اليه (الأولى) ان عين فى الـكفالة مكانا للتسليم تعين وان أطلق ففى التتمة أنه كما لو أطلق السلم ولم يعين مكان التسليم وقال الامام وغيره يحمل على مكان الـكفالة ولا يجىء فيه ذلك الخلاف وسواء جاء الخلاف أم لا فالظاهر جوازه وحمله على ذلك المكان فلو أتى الـكفيل بالمكفول به فى غير المكان المستحق جاز قبوله وله أن يمتنع ان كان له فيه غرض بأن كان قد عين مجلس الحكم او بقعة يجد فيها من يعينه على خصمه فسامه الـكفيل فى مكان آخر وان لم يختلف الغرض فالظاهر أنه يلزمه قبوله فان امتنع رفعه الى الحاكم ليستلم عنه فان لم يكن حاكم اشهد عليه شاهدين أنه سلمه اليه (الثانية) يخرج الـكفيل عن العهدة

الأمام والغزالى فعند عدم التمييز الحق ما قاله الأمام استدلالا بالحديث وهو الذى أورده صاحب التهذيب وعند التمييز الصحيح عند جمهور الأصحاب البطلان قال الروياني وأصحاب أبي حنيفة يلزمون هذه المسألة فيقولون إن خلط الصحانى بالردىء أو الكبار بالصغار ثم باع صاعاً بصاع يجوز عندكم ولو أفرد كل واحد ثم باع لم يجز قال وهذا مشكل إن سلمنا والصحيح ما ذكرنا يعني من التفصيل الذى ذكره هو وصاحب التتمة والله أعلم * (وجه الاعتراض) علي ما استشهد به الأمام والغزالى والصحيح عند جمهور الأصحاب البطلان وهو مذهب مالك واختاره القاضى

بتسليمه فى المكان الذى وجب فيه التسليم طلبه المستحق أو لم يطلبه بل أباه بشرط أن لا يكون هناك حائل كيد سلطان أو متغلب وحبس الحاكم بالحق لايمنع صحة التسليم لامكان احضاره ومطالبته بالحق ولو حضر المقر له به وقال سلمت نفسى اليك عن جهة الكفيل برىء الكفيل كما يبرأ الضامن باداء الاصيل الدين ولو لم يسلم نفسه عن جهة الكفيل لم يبرأ الكفيل لأنه لم يسلمه اليه ولا أحدا من جهته حتى قال القاضي الحسين او ظفر به المكفول له في مجلس الحكم وادعى عليه لم يبرأ الكفيل وكذا لو سلمه اجنبي لا عن جهة الكفيل ولو سلمه عن جهة الكفيل فان كان باذنه فهو كما لو سلمه بنفسه وإن كان بغير إذنه فليس على المكفول له القبول لكن لو قبل برىء الكفيل ولو كفل برجل لرجلين فسلمه الى أحدهما لم يبرأ عن حق الآخر كما لو ضمن لشخصين دينين فأدى دين أحدهما ولو كفل رجلان لرجل فجاء به احدهما وسلمه الى المكفول له نقل صاحب التهذيب انهما ان كفلا على الترتيب وقع تسليمه عن المسلم دون صاحبه سواء قال سلمت عن صاحبي أو لم يقل وان كفلا معا فوجهان قال المزني يبرأ صاحبه كما يبرأ المسلم أما إذا أدى أحد الضامنين الدين يبرآن جميعا وقال ابن سريج والاكثرون لايبرآ كما لو كان بالدين رهنان فانفك أحدهما لا ينفك الآخر ويخالف أداء أحدهما الدين فأنه يوجب براءة الأصيل واذا برىء الأصيل برىء كل ضامن وان كانت المسألة بحالها وكفل كل واحد من الكفيلين ببدن صاحبه ثم أحضر أحدهما المكفول به وسلمه فعلى ماذكره المزني يبرأ كل واحد منهما عن كفالة صاحبه وكفالة الذى كفلا به وعلى ماذكره ابن سريج يبرأ المسلم عن كفالة صاحبه وكفالة الذى كفلا به ولما يخرج الكفيل عن العهدة بالتسليم يبرأ أيضاً بأبراء المكفول له المكفول به ولو قال المكفول له لاحق لى قبل المكفول به أو عليه فوجهان عن ابن سريج (أحدهما) أنه يبرأ الاصيل والكفيل (والثانى) أنه يراجع فأن فسر بنفى الدين فذاك وان فسر بنفى الشركة والوديعة ونحوهما قبل قوله فأن كذباه حلف (الثالثة) إذا غاب المكفول ببدنه نظران غاب غيبة منقطعة والمراد منها أن لايعرف موضعه وينقطع خبره فلا يكلف الكفيل بأحضاره لعدم الامكان وإن عرف موضعه فأن كان دون

أبو يعلى من الحنابلة وعن أحمد رواية بمنع ذلك فى النقد وتجويزه فى التمر لأن الأنواع فى غير الأثمان يكثر اختلاطها و يشق تمييزها ثم إن صاحب التقريب على ما قاله الامام احترز فى الوجه الذى حكاه عن مسألة نص الشافعى رضى الله عنه فى المراطلة بما يقتضى عدم طرده فيها فان الشافعى فرض مسألة المراطلة فى العتق وهى نفيسة والراونية وهى دونها ثم فرض من الجانب الثانى مائتى دينار وسطاً حتى لا يتحقق معنى المسامحة واذا لم يتحقق ذلك اقتضى العقد من الشقين طلب المعاينة وهذا يقتضى التوزيع وهو يفضى الى التفاضل لا محالة فلأجل ذلك لا يعرف خلاف فى مسألة المراطلة و إن نقل الخلاف فى مسألة الصحاح والمكسرة لكن إمام الحرمين قال إن قياسه يقتضى القطع بالصحة فى

مسافة القصر فعليه إحضاره لكنه يمهل مدة الذهاب والاياب ليتبعه فأن مضت المدة ولم يحضره حبس حينئذ وان كان على مسافة القصر فوجهان (أظهرهما) أنه كما لو كان دون مسافة القصر وكما لو كان مال المديون غائبا إلي هذه المسافة يؤمر بأحضاره (الثاني) أنه لا يطالب به الحاقا لهذه الغيبة بالغيبة المنقطعة كما أنه لو غاب غيبة منقطعة * ولو كان غائبا حين كفل فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة وما حكينا عن الامام فى كفالة من بالبصرة جواب علي أنه لا يلزم الاحضار لأن الكفالة حينئذ لا فائدة فيها فتبطل ولو مات المكفول به ففى انقطاع طلب الاحضار عن الكفيل وجهان (أصحهما) أنه لا ينقطع بل عليه إحضاره مالم يدفن إذا أراد المكفول له إقامة الشهادة على صورته كما لو تكفل ابتداء ببدن الميت (والثانى) ينقطع حملا للاحضار الملتزم على حال الحياة فأنه الذى يخطر بالبال غالبا وهل يطالب الكفيل بمال فيه وجهان (أصحهما) لا وبه قال أبو حنيفة لانه لم يلتزمه وهذا كما لو ضمن ضامن المسلم فيه فانقطع لا يطالب برد رأس المال (والثانى) وبه قال ابن سريج ويحكي عن مالك أنه يطالب لان الكفالة وثيقة فيستوفى الحق منها إذا تعذر تحصيله ممن عليه كالرهن وعلى هذا فالمطالبة بالدين أو بالاقل من الارش وقيمة العبد وإن هرب المكفول به إلى حيث لا يعلم أو توارى فالخلاف فى مطالبة الكفيل بالمال مرتب على حال الموت وأولى بأن لا يطالب إذا لم يحصل اليأس عن إحضاره ولو تكفل ببدن رجل وشرط عليه أنه إذا عجز عن تسليمه غرم الدين (فأن قلنا) إنه يغرم عند الاطلاق فلا بأس والا بطلت الكفالة (الرابعة) ظاهر المذهب أن الكفالة بغير رضا المكفول به لا تصح ومنهم من قال تصح والخلاف مبنى على أن الكفيل هل يغرم عند العجز (إن قلنا) لا لم تصح لانه اذا تكفل بغير إذنه لا يمكنه إحضاره إذ لا يلزمه الاجابة فلا تفضى الكفالة إلى مقصودها وان قلنا نعم صحت و يغرم المال عند العجز فتظهر فائدة الكفالة وعن صاحب التقريب حكاية وجه أنها تصح (وان قلنا) إنه لا يغرم عند العجز وسنبينه إن شاء الله تعالى فى التفريع وتصح الكفالة

مسألة المراطلة قال وما ذكرته فى هذه الصورة من التصحيح رأى رأيته وهو خارج عن مذهب الشافعي رحمه الله وأصحابه وتابعه القرافى فى البسيط وقال إنه ليس يتبين فرق بين مسألة المراطلة وبين مالو باع خمسة مكسرة وخمسة صحيحة بمثلها وقد ذكر الأصحاب فى هذه المسألة خلافا ولم يذكروا فى مسألة المراطلة خلافا ثم قال فى آخر كلامه هذا نقل المذهب ووجه الأشكال وقد قال القرافى فى كتابه المسمى - بمآخذ الأشراف على مطالع الأنصاف فى مسائل الخلاف - إن الطريقة المتقدمة يعني طريق التوزيع والجهل بالمماثلة لا تأتى فى مسائل هذه الرتبة كمسألة المراطلة ومسألة الصحاح والمكسرة وقال ابن أبى الدم فى قول القاضى أبى الطيب بصحة العقد إذا علما أن قيمة المد مثل

من غير رضا المكفول له و يجرى فيه الوجه المذكور فى اعتبار رضا المضمون له فى ضمان المال قال الامام اذا تقرر ذلك فان كفل برضا المكفول به وأراد احضاره بطلب المكفول له نظر ان قال احضر خصمى فللكفيل مطالبته بالحضور وعليه الاجابة لابسبب الكفالة ولكن لانه قد وكله باحضاره وان لم يقل ذلك ولكن قال اخرج عن حقى فهل لهمطالبته المكفول به فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) لا كما لو ضمن بغير اذنه مالا وطالب المضمون له الضامن فانه لايطالب الاصيل وذكر علي هذا أنه يحبس واستبعده الائمة لانه حبس على مالا يقدر عليه (والثانى) نعم لأن المطالبة بالخروج عن العهدة تضمن التوكيل والاحضار ومن هذا خرج الذى حكاه صاحب التقريب فانه اذا طالب الكفيل المكفول بالحضور فتظهر الفائدة (الخامسة) لو تكفل ببدن الكفيل كفيل جاز لانه تكفل ببدن من عليه حق لازم وكذا لو تكفل بذلك الكفيل كفيل آخر ولا حصر كما فى ضمان المال ثم مهما برىء الكفيل الاول برىء كل من بعده ولو برىء الآخر لم يبرأ من قبله ولو برىء بعض الكفلاء المتوسطين برىء من بعده دون من قبله (السادسة) فى موت المكفول له ثلاثة أوجه عن ابن سريج (أظهرها) ابقاء الكفالة وقيام ورثته مقامه كما لو ضمن له المال (والثانى) أنها تنقطع لانها ضعيفة فلا نحكم بثبوتها (والثالث) ان كان له وصى أو عليه دين بقيت الكفالة لان الوصى نائبه وتمس حاجته الى قضاء الدين وان لم يكن وصى ولا دين انقطعت (وقوله) فى الكتاب و يلزمه اتباعه في عينه يجوز إعلامه - بالواو - لاحد الوجهين المذكور بن فيما اذا كانت الغيبة الى مسافة القصر (وقوله) لايلزمنى شىء يجوز إعلامه - بالميم - وكذا العلام قوله يلزمه الدين - بالحاء - (وقوله) فان قلنا لايلزمه شىء سوى الاحضار فلا يجوز - بالواو - للوجه الذى حكاه صاحب التقريب أنها جائزة دون رضاه (وان قلنا) لايجب على على الكفيل شيء سوى الاحضار (وقوله) ومهما حضر بنفسه برىء الكفيل يحتاج الى تقييد معني يحضر وسلم نفسه عن جهة الكفيل *

الدرهم كما تقدم أنه قريب من مسألة المراطلة التي خالف الأمام صاحب المذهب فيها فأن للنظر فيها مجالا وذلك أنه اذا راطل مائة دينار عتق ومائة مروانية بمائتى دينار وسط فان فرض مساواة الوسط للمائتين العتق والمروانية فى القيمة صح العقد كما هو مذهب القاضى أبى الطيب وإن فرض التفاضل أوالجهل بالتماثل وجب القول بالفساد قطعاً يعنى على رأى الأمام أيضاً لما ذكره من العلة قال القرافى ويتجه لهم يعنى للخصم فى هذه الصورة التمسك بقوله عليه السلام « الذهب بالذهب وزنا بوزن »

قال ﴿ الركن الخامس الصيغة وهى قوله ضمنت وتكفلت وتحملت * وما ينبيء عن اللزوم * ولو قال أؤدى أو أحضر لم يكن ضامنا ولو شرط الخيار فى الضمان فسد * ولو علقه بمجيء الشهر فسد * (ح) * ولو علق الكفالة بالبدن بمجيء الشهر أو بوقت الحصاد ففيه خلاف لأنه بني على المصلحة ولا يجوز تعليق الابراء كما لا يجوز تعليق ضمان المال * ولو نجز كفالة البدن وشرط التأخير فى الاحضار شهرا جاز للحاجه * ولو شرط الاجل فى ضمان المال الحل ففيه خلاف * ولو ضمن المؤجل حالا ففى فساد الشرط وجهان * فان فسد ففى فساد الضمان وجهان * ولو تكفل بعضو من بدنه صح فى الكل على وجه * وفسد على وجه * وصح ان كان العضو لا يبقى البدن دونه على وجه والا فلا ﴾ *

المقصود الكلام فى صيغة الضمان وما يقترن بها من الشروط والتعليقات وفيه مسائل نضرب فيها كل واحد من ضمان المال وكفالة البدن بسهم (الاولى) لابد من صيغة دالة على التزام كقوله ضمنت لك ماعلى فلان وأنا بهذا المال أو باحضار هذا الشخص كفيل أوضامن أوزعيم أوحميل أوقبيل وفى البيان وجه فى لفظ القبيل أنه ليس بصريح ويطرد فى الحميل وماليس بمشهور ولو قال خل عن فلان والدين الذى لك عندى فهذا ليس بصريح فى الضمان خلافا لابى حنيفة فيما رواه صاحب البيان وذكروجهين فيما اذا قال دين فلان الى ولو قال أؤدى المال أوأحضر الشخص فهذا ليس بالتزام وانما هو وعد ولو كان قد تكفل ببدن انسان فابرأه المكفول له ثم وجده ملازما الخصم فقال خله وأنا على ما كنت عليه من الكفالة حكم ابن سريج بكونه كفيلا لانه اما مبتدىء بالكفالة بهذا اللفظ أومخبر عن كفالة واقعة بعد البراءة (الثانية) لوشرط الضامن الخيار لنفسه لم يصح لانه ينافى مقصود الضمان ولا حاجة اليه فان الضامن على يقين من الغرم ولو شرط الخيار للمضمون له لم يضر لان الخيرة فى الابراء والمطالبة اليه أبدا وكذا الحكم فى الكفالة وعن أبى حنيفة أن شرط الخيار لا يبطلها لكنه يلغو ولو علق الضمان بوقت أو غيره فقال اذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت أو ان لم يؤد ما لك غدا فانا ضامن لم يصح لانه عقد من العقود فلا يقبل التعليق كالبيع ونحوه وهذا كما أنه لا يقبل التأقيت بان يقول أنا ضامن الى شهر فاذا مضى ولم أغرم فانا برىء وعن ابن سريج أنه اذا جاز على القديم ضمان المجهول ومالم يجب جاز التعليق لان

وقد قال فى آخر الحديث « جيدها ورديئها سواء » (قلت) لم أر هذا اللفظ فى حديث * والحنفية استندوا الى حديث عبادة كذا فى شرح الميرغينانى للهداية والله أعلم * قال وحققوا ذلك بأن الواجب مقابلة الذهب بالذهب بوزن العين لا برعاية الصفة ولو روعيت الصفات لما تصور تصحيح بيع صاع من تمر إذ ما من صاع إلا ويشتمل على تمرات رديئة مختلفة لو ميزت لاختلفت قيمتها وذلك مما لا يرعاها الشرع قطعاً ولا فرق بينها و بين محل النزاع فانه لازم على مساق المذهب فنقول قول رسول الله ﷺ « جيدها ورديئها سواء » ان كان حديثاً أراد به ما إذا اتحد الجنس فاما إذا اختلف

من ضرورة الضمان قبل الوجوب تعليق المقصود بالوجوب و به قال أبو حنيفة فيما رواه صاحب البيان قال الامام ويجيء فى تعليق الابراء القولان بطريق الاولى فان الابراء اسقاط قال وكان لا يمتنع من جهة القياس المسامحة به فى الجديد أيضا لان سبب امتناع التعليق فى العقود المشتملة على الايجاب والقبول خروج الخطاب والجواب بسببه عن النظم اللائق بهما فاذا لم يشترط فيه القبول كان بمثابة الطلاق والعتاق فاذا فرعنا على القديم فلو قال اذا بعت عبدك بالف فانا ضامن للثمن فباعه بالفين فعن أبي يوسف أنه يصير ضامنا لالف لان مقصود الضامن أن الزيادة على الالف غير ملزمة ولا غرض له فى قدر الثمن وجعله صاحب التقريب وجها لنا قال ابن سريج لايكون ضامنا لشيء لان الشرط وهو البيع بالف لم يتحقق ولو باعه بخمسمائة ففى كونه ضامنا لها الوجهان ولو قال اذا أقرضته عشرة فانا ضامن لك فأقرضه خمسة عشر فهو ضامن لعشرة على الوجهين لان من أقرض خمسة عشر فقد أقرض عشرة والبيع بخمسة عشر ليس بيعا بعشرة وان اقرضه خمسة فعن ابن سريج تسليم كونه ضامنا لها قال الامام وهو خلاف قياسه لان الشرط لم يتحقق ولو علق كفالة البدن لمجيء الشهر فان جوزنا تعليق ضمان المال فهذا أولى وان منعنا منه ففيه وجهان كالخلاف فى تعليق الوكالة والفرق أن الكفالة مبنية على المصلحة والحاجة فتتبع فيها الحاجة وان علقها بحصاد الزرع فالوجهان بالترتيب وأولى بالمنع لانضمام الجهالة لوقت حصوله الى التعليق فان علقها بقدوم زيد فالوجهان بالترتيب واولى بالمنع للجهل باصل حصول القدوم والحصاد يحصد تقدم أو تأخر فان جوزنا فاذا وجد الشرط المعلق عليه صار كفيلا وهذه الصورة وترتيبها عزاها الامام الى ابن سريج ولو أقت كفالة البدن فقال أنا كفيل به الى شهر فاذا مضى برأت ففيه وجهان وفى التهذيب قولان (أظهرهما) المنع كما فى ضمان المال ولو نجز الكفالة وشرط التأخير فى الاحضار شهرا جاز للحاجة وكذا فى الوكالة وتوقف الامام فيه من جهة أن المعتمد فى الباب الحضور والحضور ناجزاذ المدعى مهما أراد أحضره وكان شرط التأخير فيه كشرط التأجيل فى ضمان المال الحال وسنذكره على الأثر إن شاء الله تعالى وسياق المصنف ماراه وجها فى الوسيط فاعلم ذلك قوله ههنا

النوع فهو مستخرج بالدليل وهو أن المماثلة فى المعاملة قد تعبدنا بها والتوزيع يفضى الى مفاضلة لا محالة بدليل أن الدينار الجيد لو كان لواحد والدينار الردىء لآخر لا يتقاسمان الدينارين بالسوية بل يستحق صاحب الجيد زيادة ولا يستند استحقاقه لملك الزيادة إلى القسمة اذا القسمة إفراز الحق لا يزيد به الحق ولا ينقص فليس ذلك الا لاقتضاء العقد هذه المقابلة عند تعدد العاقد فلا تختلف المقابلة باتحاد العاقد ثم قال هذا طريق التوزيع وفيه غموض لا ينكره من تأمله وهو الاستدلال الذى استدل به القرافى لهم من الحديث وقد ذكره كذلك المتقدمون والمتأخرون من الموافقين والمخالفين وذكروا أيضا قوله ﷺ فى حديث عبادة « لا تبيعوا الذهب بالذهب » إلى أن قال « الا مثلا بمثل سواء بسواء » قالوا ما جاز بيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب سواء بسواء ولم يفرق بين أن تجمع الصفقة نوعا واحدا أو

جاز للحاجة - بالواو - واذا قلنا بظاهر المذهب فلو أحضره قبل مضى المدة وسلمه وامتنع المكفول له من قبوله فينظر هل له غرض من الامتناع مثل أن تكون بينته غائبة او دينه مؤجلا ام لا وحكم القسمين على ماذكرنا فيما اذا سلمه فى غير المكان المعين ولو شرط لاحضاره أجلا مجهولا كالحصاد ففى صحة الكفالة وجهان نقلهما العراقيون (وأصحهما) المنع (وبالثانى) قال أبو حنيفة (الثالثة) لو ضمن الدين الحال حالا أو أطلق لزمه الدين حالا وان ضمن الدين المؤجل مؤجلا بذلك الأجل أو أطلق لزمه كذلك فأن ضمن الحال مؤجلا الى أجل معلوم فوجهان (أحدهما) أنه لا يصح الضمان لكون الملتزم مخالفا لما على الاصيل (وأصحها) الصحة لأن الضمان تبرع فيحتمل فيه اختلاف الدينين فى الكيفية للحاجة وعلى هذا فالذى يوجد لعامة الاصحاب انه يثبت الاجل ولا يطالب إلا كما الزم ولا يقول التحق الاجل بالدين الحال وإنما يثبت عليه مؤجلا ابتداء ولا يبعد الحلول فى حق الاصيل دون الكفيل كما لو مات الاصيل وعليه الدين المؤجل وادعى الامام اجماع الاصحاب على ان الاجل لا يثبت وان فى فساد الضمان لفساده وجهان (أظهرهما) الفساد ولو كان الدين مؤجلا الى شهر فضمنه مؤجلا الى شهرين فهو كما لو ضمن الحال مؤجلا الى ولو ضمن المؤجل حالا والتزم التبرع بالتعجيل مضموما الى التبرع بأصل الضمان فوجهان كما فى عكسه والأصح الصحة وعلى هذا فهل عليه الوفاء بشرط التعجيل فيه وجهان (أحدها) نعم كأصل الضمان (وأشبههما) لا كما لو التزم الأصيل التعجيل وأيضا فأن الضامن فرع الأصيل فينبغى أن يكون بالذمة مضاهيا لما على الأصيل وعلى هذا فالاجل يثبت فى حقه مقصودا أم تبعا لقضاء حق المشابهة نقل فى النهاية فيه وجهين وتظهر فائدتهما فيما لو مات الاصيل والحالة هذه وعكس صاحب التقريب فقال فى صحة شرط التعجيل وجهان فأن فسد ففى إفساد الضمان وجهان وهو قريب وله نظائر فى الشرط الفاسد * ولو ضمن المؤجل الى شهرين فهو كما لو ضمن المؤجل حالا (وقوله)

نوعين وكذلك قال فى الطعام « إلا كيلا بكيل » قالوا ولأنه إما أن يكون الاعتبار المساواة فى القدار أو فى القيمة لا جائز أن تكون فى القيمة لأنه لاخلاف أنه إذا باع درهمين صحيحين بمكسورين يجوز و إن كانت قيمة الصحاح أكبر وأجاب الشيخ أبو حامد وغيره بأن الخبر حجة لنا لأنه قال «إلا سواء بسواء» وليس سواء بسواء و نما جاز فى الدرهمين الصحيحين بالمكسورين لأنه متفق وليس كذلك فى مسألتنا وأما اعتبار المماثلة فانما التماثل بالقدر غير أن القيمة كما قال الماوردى يعرف بها تماثل القدر وتفاضله والله أعلم * و بعد أن ذكر الجوزى طريق التوزيع قال واستدل المديني بهذا الدليل ثم ذكر أنه لابن سريج وزعم أنه تعد لأنه يلزمه المنع من صاعى برنى بصاعى سهرير بجواز أن يستحق أحدهما صاعى السهرير فيرجع صاحبه بقيمته من البرنى وهو نصف صاع فيصير الى أن أعطى صاعا ونصفا برنيا بصاع من سهرير قال فان كان اقتحم المنع من ذلك ولا أراه فاعله لزمه أن لا يجيز التمر بالتمر حتى يكونا متماثلى القيم على أنه قد تنخفض قيمتهما بعد ذلك فيدخل ماخافه وهذا الاعتراض

فى الكتاب وشرط الاجل فى ضمان المال الحال فيه خلاف أى فى إفساده الضمان هذا إذا راعينا طريقة الاكثرين وحكي فى الوسيط وجهين في ثبوت الأجل ووجهين فى فساد الضمان به اذا لم يثبت الأجل كما حكاهما الإمام فيمكن على طريقته أن يريد بقوله فيه خلاف أى فى ثبوته (الرابعة) لو تكفل ببدن فلان أو نفسه أو جسمه صح وكذا لو قال بروحه ذكره فى التهذيب ولو تكفل بعضو من أعضائه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) و به قال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب واختاره ابن الصباغ أنه باطل كما لو أضاف البيع والاجارة إلى بعض الأعضاء ويخالف الطلاق والعتاق لانهما مبنيان على الغلبة والسراية (والثانى) أنه يصح لانه لايمكن تسليمه بحاله إلا بتسليم الكل و يجوز أن يحتمل فيه ما لا يحتمل فى البيع ونحوه للحاجة (وثالثها) ان كان عضوا لايبقى البدن دونه كالرأس والقلب والكبد والدماغ صح وان كان مما يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح قال فى التهذيب وهذا أصح (رابعها) انما يعبر به عن جميع البدن كالرأس والرقبة إذا تكفل به صح وما لايعبر به عن الجميع كاليد والرجل اذا أضاف به لم يصح أورده القفال فى شرح التلخيص وقال انه الاصح وفى قوله لا يعبر باليد عن الجملة فى أحد الوجهين كما سياتي في موضعه والوجه بمثابة سائر الاعضاء فيما أورده المعظم وفى النهاية تصح الاضافة اليه جزما لشهرة هذا العقد بكفالة الوجه والجزء الشائع كالنصف والثلث كالجزء الذى لايبقي البدن دونه فيجيء فيه وجهان والله أعلم * ونختم الباب بفروع هى مهانته وتراعى الاختصار * ضمن عن رجل ألفا وشرط للمضمون له أن يدفع اليه كل شهر درهما ولا يحسبه من مال الضمان فالشرط باطل وفى بطلان الضمان وجهان ذكرهما القاضى ابن كج ولو كفل دينا

ضعيف لأن صاع السهرير مقابل بصاع من البرنى لا غير وقد أبطله الجوزي وبسط الكلام فى ابطاله والله أعلم * واعلم أن المرتبة الأولي اعتضدنا فيها بحديث القلادة وأمافي هذه المرتبة فلادلالة فيه لأن القلادة اختلف الجنس فيها فلم يبق لها هنا الا التمسك بالمعني والنظر فى الحاق هذه الرتبة بالأولى ولذلك خالف فى هذه بعض من وافق فى الأولى * ومذهب مالك فى مسألة المراطلة كمذهب الشافعى رحمهما الله قال ابن عبد البر وأما الكوفيون والبصريون فجائز ذلك كله عندهم لأن ردىء التمر وجيده لا يجوز الا مثلا بمثل *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردى اذا باع مائة درهم صحاحا ومائة درهم غلة بمائة درهم صحاح ومائة درهم غلة فان اختلف جوهر الصحاح من هذا العوض وجوهر الغلة من هذا العوض لم يجز والا فوجهان

أو كفل ببدن انسان ثم ادعى أنه كفل ولاحق على المضمون عنه أو المكفول به فالقول قول المكفول له لان الضمان والكفالة لاتكون الا بعد ثبوت الحق وهل يحلف أم يقبل قوله من غير يمين فيه وجهان عن ابن سريج (فان قلنا) بالاول فنكل حلف الكفيل وسقطت المطالبة عنه ولو أقر أنه ضمن أو كفل وأنكر المضمون له الشرط بنى ذلك على تبعيض الاقرار (ان قلنا) لايتبعض فالقول قول الضامن مع يمينه (وان قلنا) يتبعض فالقول قول المضمون له ولو ادعى الكفيل أن المكفول به برىء من الحق وارتفعت الكفالة وأنكره المكفول له فالقول قول المكفول له مع يمينه فان نكل وحلف الكفيل برىء وان لم يبرأ بيمينه المكفول به ولو قال تكفلت ببدن زيد فان جئتك به وإلا فانا كفيل ببدن عمرو لم يجز (أما) كفالة زيد فلانه لم يلتزمها وكأنه قال كفلت ببدن هذا أو ذاك (وأما) كفالة عمرو فبناء على أنها معلقة ولو قال قائل للمكفول له ابرىء الكفيل وأنا كفيل بمن تكفل به فعن ابن سريج أنه يصح لانه نقل الضمان إلى نفسه كما لو أحال الضامن المضمون له على غيره وقال الأكثرون لايصح لانه تكفل بشرط ابراء الكفيل وأنه فاسد والكفالة ببدن الاجير المعين صحيحة ومن غرم الكفيل عند العجز عن التسليم لم يصححها لانه اذا مات انفسخ العقد وسقط الحق قاله فى التتمة والله أعلم *

﴿ الباب الثاني في حكم الضمان الصحيح ﴾

قال ﴿ وله أحكام (الاول) يجوز (م) مطالبة الضامن من غير انقطاع الطلبة عن المضمون عنه * ومهما أبرىء الاصيل برىء الكفيل * وان أبرىء الكفيل لم يبرأ الاصيل * ولو كان الدين مؤجلا فمات الاصيل لم يطالب الكفيل لانه حي ﴾*

وهذا

وهذا يبين محل الخلاف وهو ما اذا كانت راجعة لأمر زائد على جوهر العوضين أما اختلاف جوهر العوض مع المضموم فيبطل جزما هكذا يقتضيه هذا الـكلام *

﴿ فرع ﴾ ذكر القاضي أبو الطيب في مسألة المراطلة علة الجواز في بيع الدينار الجيد بالردىء أن أجزاء الجيد متساوية القيمة وأجزاء الردىء متساوية القيمة ومقتضي هذه العلة أنه لو فرضت الرداءة في طرف من الدينار و بقيته جيد أنه لا يجوز بيعه بجيد ولا ردىء ولا بمثله والظاهر خلافه لان الدينار شيء واحد لا يوزع الثمن علي أجزائه بالقيمة و إنما يقصد جملة ولو فرض اختلاف رداءته كالصاع من التمر المختلط والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ أطلق صاحب التلخيص تبعا للشافعى وللأصحاب أنه لو باع عتقاً وجدداً بعتق وجدد متماثلين في الوزن لم يجز و ينبغى أن يقيد ذلك بما اذا اختلفت قيمة العتق والجدد أو كان الغرض يختلف بها أما إذا لم يختلف كما هو الواقع اليوم فينبغي ان لا يضر ذلك *

مقصود الباب بيان ما يترتب على الضمان الصحيح من الآثار والاحكام (فمنها) أنه يتجدد للمضمون له جواز مطالبة الضامن ولا تنقطع مطالبته عن المضمون عنه بل يتخير فى مطالبتهما ومطالبة واحد منهما لان غرض العقد التوثيق وعن مالك رضى الله عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا عجز عن تحصيله من الاصيل لغيبة أو اعسار هذا اذا أطلق الضامن (أما) اذا ضمن بشرط براءة الاصيل ففى صحته وجهان عن ابن سريج (أشبههما) المنع لانه قرن به شرطا يخالف مقتضى الضمان (والثاني) يصح كما روى أنه لما ضمن أبو قتادة رضي الله عنه الدينارين عن الميت قال النبي ﷺ «هما عليك حق الغريم و برىء الميت فقال نعم فصلى عليه» (فان قلنا) بالصحة ففى صحة الشرط وجهان يشتمل الخلاف فى براءة المحيل اذا أحال على من لادين عليه وصححنا هذه الحوالة وقد مر ذلك وقد يعكس الترتيب فيقال فى صحة الشرط إن فسد ففى فساد الضمان وجهان واذا صححنا العقد والشرط برىء الاصيل وكان للضامن الرجوع عليه فى الحال ان ضمن باذنه لأنه حصل براءة ذمته كما لو أدي ومهما أبرأ مستحق الدين الأصيل برىء الضامن لسقوط الحق كما لو أدى الأصيل الدين أو أحال الأصيل مستحق الدين علي انسان أو أحال المستحق غريمه عليه وكذلك يبرأ ببراءة ضامن الضامن ولو أبرأ الضامن لم يبرأ الأصيل لان ابراءه اسقاط للوثيقة وذلك لا يقتضى سقوط أصل الدين كفك الرهن و يبرأ الضامن من الضمان بابراء المضمون له ولا يبرأ الضامن بابراء ضامن الضامن كما ذكرنا فى الضامن والاصيل * ولو ضمن دينا مؤجلا فمات الاصيل وحل عليه الدين لم يحل على الضامن لانه حى يرتفق بالاجل وخرج ابن القطان أنه يحل على الضامن أيضا لانه فرع الاصيل وعلى المذهب لو أخر

﴿ فرع ﴾ جعل نصر المقدسي من جملة الامثلة فى هذه المرتبة دينار صحيح ودينار رباعيات بدينارين صحيحين أو رباعيان قال وكذلك فى الدراهم (قلت) ومقتضى ذلك أنه لو باع درهما بنصفين وزنهما درهم لم يجز وان كان الرواج واحدا وهو يبين مرادهم بالمكسور وانما نبهت على ذلك لأنه قد يتوهم أن المكسور والمقطوع الذى لا يروج رواج الصحيح وكذلك عن نصر رحمه الله تعالى من هذه المرتبة مدحنطة شامية ومدحنطة مصرية بمدين مصريين أو شاميين فى (١) أنه من كلام الشافعي فلينظر *

﴿ فرع ﴾ من فروع هذه المرتبة لو باع ذهبا مصوغا وذهبا غير مصوغ بذهب مقتضى المذهب أنه لا يجوز لأن الثمن يوزع عليهما لأن المصوغ متقوم مخالف لغير المصوغ أما لو باع ذهباً مصوغا بذهب غير مصوغ جاز ونقلوه عن نص الشافعي (فائدة) قال صاحب التلخيص الربا لا يقع من طريق القيمة الا فى أربع مواضع وذكر هذه الأمثلة المتقدمة فى قاعدة مد عجوة وأنت إذا وقفت علي ما تقدم علمت أن ذلك ليس اعتباراً لقيمة فحسب والله أعلم *

(١) بياض بالاصل فحرر

المستحق المطالبة كان للضامن أن يطالبه بأخذ حقه من تركة الاصيل فى الحال أو ابراء ذمته لانه قد تهلك التركة فلا يجد مرجعاً إذا غرم وعن رواية الشيخ أبى على وجه أنه ليس للضامن هذه المطالبة ولو مات الضامن حل عليه الدين فان أخذ المستحق المال من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه قبل حلول الاجل ونقل القاضي ابن كج وجها آخر أنه لايحل على الضامن كما لايحل علي الاصيل *

قال ﴿ الثانى أن للضامن اجبار الاصيل على تخليصه ان طولب * وفى مطالبته بالتخليص قبل أن يطالب خلاف * وكذا فى قدرته على المطالبة بتسليم المال اليه حتى يؤديه بنفسه فيخرج عن العهدة ﴾ *

أصل مسائل الفصل وجهان خرجهما ابن سريج فى أن مجرد الضمان هل يثبت حقاً للضامن على الاصيل و يوجب علقة بينهما أم لا ففي وجه يوجب لانه اشتغلت ذمته بالحق كما ضمن فليثبت له عوضه على الاصيل وفيه وجه لا لانه لايفوت عليه قبل الغرم شيء فلا يثبت له شيء إلا بالغرم * إذا عرفت ذلك فلو طالب المضمون له الضامن باداء المال كان له أن يطالب الاصيل بتحصيله ان ضمن بالاذن كما أنه يغرمه إذا غرم وعن القفال وجه أنه لايملك مطالبته والمشهور الاول * وهل يطالبه بالتخليص قبل أن يطالب فيه وجهان (أحدهما) نعم كما لو استعار عبد الغير للرهن ورهنه كان للمالك المطالبة بالفك (وأصحهما) لا لانه لم يغرم شيئاً ولا توجهت عليه طلبة ويخالف الرهن فانه محبوس بالدين وفيه ضرر ظاهر ومعني التخليص أن يؤدى دين المضمون له ليبرأ ببراءته الضامن وفى

﴿ فرع ﴾ أطلق صاحب التهذيب والرافعي أنه إذا خلط الجيد بالرديء أو الحنطة النقية بالبخسة ثم باع صاعا منه بمثله أو باع بصاع رديء جاز لأن أحد النوعين إذا لم يتميز عن الآخر لايوجب التوزيع بالقيمة بل تتوزع الأجزاء فيصير كما لو باع جيدا برديء فيحتمل أن يكون مراده ماقاله صاحب التتمة فيما تقدم اذا لم يظهر من غير تأمل ويحتمل أن يكون مطلقا كما أخبر به استدلالا بالحديث وقياس ذلك أنه إذا خلط نوعين من الذهب وضرب بهما دينارا واحدا أو خلطه بمثله أو خلط دنانير أو دراهم من نوعين حتى صارت لاتتميز ثم باعها بمثلها يصح فلو خلط جنسا بجنس آخر ثم باعه بأحدهما مقتضى كلام القاضي حسين أنه يصح أيضا فأنه قال بعد أن ذكر أن التمر الهندي مع التمر المصرى جنسان قال وبيع مدي كرماني ومد بصري بمد تمر شحرى إن كان منفردا يجوز وان كان مجتمعا لايجوز (قلت) ومراده بالشحرى الهندى وأما الكرمانى فيتعين أن يكون مراده به نوعا من الهندى لأنه لو كان نوعا من البصرى جاز مطلقا لاختلاف الجنس وان كان نوعا من الهندي فقد باع الهندى بالهندى مع جنس آخر فأن كان للاختلاط مسوغا كذلك فليكن مسوغا فى سائر صور اختلاف الجنس كقمح وشعير مختلطين بقمح والمعروف أنه لايجوز والله أعلم *

تمكن الضامن من تغريم الاصيل قبل أن يغرم حيث ثبت له الرجوع وجهان ذكرهما الشيخ أبو محمد والامام بناء على الاصل المذكور إن أثبتنا له حقا على الاصيل بمجرد الضمان فله أخذه والا فلا (وقوله) فى الكتاب وكذا فى قدرته على المطالبة بتسليم المال اليه حتى يؤديه بنفسه فيخرج عن العهدة محمول على هذه الصورة وأنه يستظهر بالمأخوذ ويؤدى الدين إما منه أو من غيره فيخرج عن العهدة وظاهر اللفظ يشعر بأخذه منه ليباشر أداءه نيابة عنه ويستفيد بعين البراءة لكن الحمل عليه بعيد لبعد الخلاف فى الاخبار على الانابة وأيضاً فانه ليس له ذكر في كتب الأئمة ولكن الوجهان فى تمكينه من التغريم مفرعا على أن مايأخذه عوضاً عما يقضي به دين الاصيل هل يملكه فيه وجهان بناء على الاصل السابق فان دفعه الاصيل ابتداء من غير اجبار ومطالبة (فان قلنا) يملكه فله التصرف فيه كالفقير إذا أخذ الزكاة المعجلة لكن لايستقر ملكه عليه الا بالغرم حتى لو أبرأه المستحق كان عليه رد ماأخذه كرد الزكاة المعجلة اذا هلك المال قبل الحول (فان قلنا) لايملكه فعليه رده ولو هلك عنده ضمن كالمقبوض بالشرط الفاسد ولو دفعه اليه وقال اقضد به ماضمنت عنى فهو وكيل الاصيل والمال أمانة فى يده ويخرج على ذلك الاصل صور أخرى (منها) أن الضامن هل يحبس الأصيل إذا حبس المضمون له الضامن ان أثبتنا العلقة بين الضامن والأصيل يجوز للضامن حبسه وبه قال أبو حنيفة وإلا فلا وهو الأصح (ومنها) لو أبرأ الضامن الاصيل عما سيغرم

﴿ فرع ﴾ اذا ثبت أن اختلاف النوع نص كما هو المذهب المشهور فيصير بيع الربوي بجنسه مشروطا بأربعة شروط (الحلول والتماثل والتقابض وكون كل عضو من نوع واحد) وقد نبه ابو حامد فى الرونق على ذلك وجعل هذا الشرط الرابع من شروط الصرف وكذلك المحاملى فى اللباب وما أقدر الكتابين أن يكونا كتابا واحدا ثم لتنتبه لأمور (أحدها) أن الأصحاب أطلقوا اختلاف النوع واختلاف الصفة ولم يبينوا النوع من الصفة وكان المراد بالصفة الجودة والرداءة والصغر والكبر والمراد بالنوع اختلاف أنواع التمر وشبهه لكن عد الصحة والتكسير فى الوصف أقرب من عدها فى النوع والامر في ذلك قريب فان الحكم متحد فان المذهب المشهور المنع فى الجميع (والوجه) الذى حكاه الفورانى الجواز فى الجميع نعم وجه صاحب التقريب مختص بالصحاح والمكسرة واحترز فيه كما تقدم عن مسألة المراطلة ولا يظهر بين الصحة والتكسير و بين الجودة والرداءة منقدح والله أعلم (الثاني) أن اختلاف القيمة هل يشترط فى النوعين كما قيل به فى الجنسين على وجه قد علمت ما يقتضيه كلام الشافعى فى ذلك وان

ان أثبتنا العلقة فى الحال صح الابراء والاخرج على الابراء عما لم يجب ووجد سبب وجو به (ومنها) لو صالح الضامن الاصيل عن العشرة التى سيغرمها على خمسة ان اثبتناها في الحال صح الصلح وكأنه اخذ عوض بعض الحق وأبرأ عن الباقى والالم يصح (ومنها) لو ضمن ضامن عن الاصيل للضامن شيئاً مما ضمن والاصح فى الكل المنع ولو شرط فى ابتداء الضمان أن يعطيه الاصيل ضامناً ففى صحة الشرط الوجهان ان صح فان وفى الاصيل وأعطاه ضامناً فذاك والا فلا فسخ للضمان وان فسد به الضمان على أصح الوجهين *

قال ﴿ الثالث الرجوع ومن أدى دين غيره بغير اذنه لم يرجع * وان أدى بشرط الرجوع واذنه رجع * وان أدى بالاذن دون شرط الرجوع فوجهان * والضامن يرجع ان ضمن وأدى بالاذن * وان استقل بهما لم يرجع * وان ضمن دون الاذن وأدى بالاذن فالصحيح أنه لا يرجع وان ضمن بالاذن وأدى بغير الاذن عن مطالبة فيرجع (و) * وان ابتدأ فوجهان ﴾ *

الغرض الآن بيان الموضع الذى يستحق الضامن الرجوع على الاصيل بالمغروم والذى لا يستحق وقدم عليه الكلام فى أن من أدى دين الغير من غير ضمان متى يرجع وتفصيله أنه ان أداه بغير إذن المديون لم يكن له الرجوع لانه متبرع بما فعل ويخالف مالو أوجر طعامه للمضطر حيث يرجع عليه وان لم يأذن المضطر لانه ليس متبرعا بل يجب عليه اطعام المضطر استبقاء لمهجته ويخالف الهبة فان فى اقتضائها الثواب خلاف يذكر فى موضعه لان الهبة متعلقة باختيار المتهب ولا اختيار للمديون ههنا وعن مالك يثبت له الرجوع الا اذا أدى العدو دين العدو فانه يتخذه ذريعة الى ايذائه بالمطالبة

ظاهره الاشتراط وقد شرطه المصنف فى التنبيه ولاشك أن كل من شرطه في الجنسين ففى النوعين أولى فقد اشترطه ابن الصباغ هنا وان لم يتعرض له عند اختلاف الجنس وهو أقرب الى كلام الشافعى رحمه الله والاصحاب (الثالث) الألفاظ التى وقع التعرض لها فى كلام المصنف فى هذا الفصل النوع قال ابن سيده الضرب من الشيء — وقال الجوهرى — النوع أخص من الجنس — والعجوة ضرب من أجود التمر — بالمدينة ونخلتها تسمى لينة قاله الجوهرى وقال ابن الاثير أكبر من الصيحانى يضرب الى السواد من غرس النبى ﷺ وقال الازهرى ان الصيحانى الذى يحمل من المدينة من العجوة والبردى — بضم الباء — ضرب من أجود التمر قاله الجوهرى وفى الحديث أمر أن يؤخذ البردى فى الصدقة والبردى بالفتح نبات معروف قاله الجوهري واللون قال الهروى النخل كله ما خلا البرنى والعجوة يسميها أهل المدينة الألوان وفى حديث عمر بن عبد العزيز أنه كتب

وان أداه باذن المديون فان جرى بينهما شرط الرجوع ثبت الرجوع والا فوجهان (أحدهما) لارجوع لانه لم يوجد منه الا الاذن فى الاداء وليس من ضرورة الاداء الرجوع (وأصحهما) الرجوع بناء على المعتاد فى مثله من المعاملات وأفاد الشيخ أبو محمد ههنا كلامين (أحدهما) تقريب هذا الخلاف من الخلاف فى ان الهبة المطلقة هل تقتضى الثواب وترتيبه عليه والحكم بالرجوع أولى من الحكم بالثواب ثم لان الهبة مصرحة بالتبرع والاداء خلافه ولأن الواهب مبتدىء بالتبرع والاداء ههنا مستوف بالاستدعاء الذى هو كالقرينة المشعرة بالرجوع (والثانى) أن فى الهبة فارقا بين أن يكون الواهب ممن يطمع مثله فى ثواب مثل المتهب أولا يكون فيخرج وجه ثالث مثله ههنا (وأما) الضامن فله أربعة أحوال (أولها) أن يضمن باذن الاصيل ويؤدى باذنه فيرجع عليه لانه صرف مال الى منفعة الغير بأمره فاشبه ما اذا قال اعلف دابتى فاعلفها وعن ابى حنيفة أنه يرجع اذا قال اضمن عني واد عنى (أما) اذا لم يقل عنى فلا يرجع الا اذا كان بينهما مخالطة شركة أو زوجية أو نحوها ولافرق فى ثبوت الرجوع بين أن يشترط الرجوع أولا يشترط قال الامام ويحتمل فى القياس أن ينزل الاذن فى الضمان والاداء منزلة الاذن فى الاداء من غير ضمن حتى يقول ان شرط الرجوع ثبت والا فعلى الخلاف وفى كلام صاحب التقريب رمز اليه (وثانيها) أن يضمن ويؤدى بغير اذنه فلا رجوع له على الأصيل خلافا لمالك وأحمد * واحتج الأصحاب بحديث علي وأبى قتادة « بان النبي ﷺ صلى على الميت بعد ضمانهما ولو كان لهما الرجوع لما صلى لبقاء الدين » وأيضاً فانه عليه السلام قال « الآن بردت جلدته عن النار » ولو بقى الدين لما حصل التبريد (وثالثها) أن يضمن بغير اذنه ويؤدى بأذنه ففي وجه يرجع لأنه اسقاط الدين عن الاصيل باذنه (والاصح) المنع لان اللزوم بالضمان ولم ياذن فيه ورتب الوجهين فى النهاية

فى صدقة التمر أن يؤخذ فى البرنى من البرنى وفى اللون من اللون قالوا اللون ألذ قال وجمعه الألوان وقال الجوهري اللون النوع واللون ألدقال وهو ضرب من النخل والصيحانى قال الجوهرى ضرب من تمر المدينة وقال الأزهرى الصحيانى من جملة الوان العجوة جنس معروف وهو الوان وهذا الصحيانى الذى يحمل من المدينة من العجوة والبرني قال الجوهرى ضرب من التمر والحشف قال ابن فارس هو أردأ التمر يقال « أحشفا وسوء كيله » وقال إبراهيم الجربى الحشف فاسد التمر أخبرنى أبو نصر عن الأصمعى قال الحشفة الواحدة من ردىء التمر والحشفة القطعة من الجبل الغليظة عن ابن عباس قال « كانت الأرض كلها ماء فبعث الله تعالى ريحاً فنسخت الأرض حتى ظهرت حشفة فخلق الله تعالى منها بيته » والحشفة الكمرة والعاتق فهى مشتركة بين هذه المعانى والحشيف الثوب الخلق والجمع قال الدار قطني يقال كل شىء من النخل لا يعرف اسمه فهو جمع وكذلك قال الرافعى وابن سيده فى المحكم قال كل لون من التمر لا يعرف اسمه قال وقيل هو التمر الذى يخرج من النوى

على الوجهين فيما اذا أدي دين الغير باذنه من غير ضمان ومن غير شرط الرجوع وقال هذه الصورة أولى بأن يمتنع الرجوع لان الاذن فى الأداء بعد اللزوم بالضمان فى حكم اللغو وأبدي احتمالين فيما اذا أذن فى الاداء بشرط الرجوع والحالة هذه (أحدهما) يرجع كما لو أذن فى الاداء بهذا الشرط من غير ضمان ووجه الثانى أن الاداء استحق الضمان والمستحق بلا عوض لايجوز أن يقابل بعوض كسائر الحقوق (والرابعة) أن يضمن بالاذن و يؤدى بغير الاذن ففيه وجهان عن ابن سريج ووجه ثالث عن أبى اسحق (أحد) وجهى ابن سريج وهو الاصح المنصوص أنه يرجع لان الاصل فى الباب الالتزام وقد صادفه الاذن فيلتقى به (والثانى) لا يرجع لأن الغرم حصل بغير اذن الأصيل وانما لم يقصد الا التوثيق بالضمان (والثالث) وهو الذى ذكره ابو اسحق أنه ان أدى من غير مطالبة أو عن مطالبة ولكن أمكنه مراجعة الاصيل واستئذانه فلم يفعل لم يثبت له الرجوع لأنه لم يكن مضطرا الى الاداء وان لم يمكن مراجعته لكونه غائبا أو محبوسا فله الرجوع (وأما) ماذكره فى الكتاب أنه ان كان الاداء عن مطالبته فيرجع فان ابتدأ فوجهان فان فقهه ماذكرناه فى الوجه الثالث الا أنه رأى الرجوع فيما اذا كان الاداء عن مطالبة كالظاهر المقطوع به وتخصيص ذكر الخلاف بما اذا ابتدأ بالاداء * واعلم أن العرف غير منوط بمجرد كونه مطالبا أو مبتدئا بل المطالب الذى يحضر فى المراجعة كالمبتدىء على ماسبق فليضم فى قوله عن مطالبة العبد المحتاج اليه *

﴿ فرع ﴾ حوالة الضامن رب الدين علي انسان وقبوله حوالة رب الدين عليه ومصالحتهما عن الدين على عوض وصيرورة الدين ميراث للضامن كالاداء فى ثبوت الرجوع وعدمه *

وقال ابن وهب عن مالك والقاساني ـ بفتح القاف وسكون الألف والسين المهملة أو الشين المعجمة وبعد الألف نون ـ قال ابن السمعاني هذه النسبة إلى قاسان وهي بلدة عند قم وأهلها شيعة ينسب إليها جماعة من العلماء والسابورى ـ بفتح السين المهملة وضم الباء الموحدة بعد الألف وبعدها الواو وفي آخرها راء ـ هذه النسبة مشتركة بين ثلاثة أشياء نسبة إلى سابور بلدة بفارس قال ابن السمعاني وظني أنها حد نيسابور كان بها جماعة من أهل العلم ونسبة إلى جد اسمه سابور منهم جماعة من أهل العلم أيضاً (والثالثة) نسبة إلى ملك من ملوك العجم وهو سابور المشهور بذي الأكتاف بن هرمز بن موسى بن بهرام بن بهرام بن هرمز بن سابور بن أزدشير بن بابك بن ساسان وهو الذي ينتهي اليه آخر ملوك الفرس الذي وافى سعد بن أبي وقاص وهو يزدجرد بن شهريار بن كسرى بن قباذ بن فيروز بن يزدجرد بن بهرام حور بن يزدجرد بن بهرام بن سابور ذي الأكتاف وهؤلاء كلهم ملوك وجعل ابن الرفعة سابور ههنا بنيسابور وقال الشيخ تاج الدين الفراوى انه الملك والقراضة القطع تقرض من الدينار للمعاملة فى صغار الحوائج وهى تنقص عن الصحاح ويجوز فيها فى كلام المصنف فى الموضعين الجر على الصفة والنصب علي التمييز وقد اشترط

قال ﴿ ولو صالح المأذون فى الاداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين رجع على الاصح * ولو صالح الضامن عن الف بعبد يساوى تسعمائة يرجع بتسعمائة على وجه وعلى وجه بالالف لان المسامحة جرت معه ولو سومح الضامن بحط قدر من الدين أو صفته لم يرجع الا بما بذل ﴾ *

قد بان فى الفصل السابق موضع أصل الرجوع والنظر بعده فيما يرجع به فان كان مادفعه الى رب الدين من جنس الدين وعلى صفته رجع به وان اختلف الجنس فالكلام فى المأذون فى الاداء من غير ضمان ثم فى الضمان (أما) الاول فالمأذون بشرط الرجوع أو دونه اذا أثبتنا له الرجوع لو صالح رب المال على غير جنسه فهل له الرجوع أولا فيه ثلاثة أوجه (أصحها) نعم لان مقصوده أن يبرئ ذمته وقد فعل (وثانيها) لا لانه انما أذن فى الاداء دون المصالحة (وثالثها) الفرق بين أن يقول أد ما على من الدنانير مثلا فلا يرجع و بين أن يقتصر على قوله أد دينى أو ما على فيرجع (فان قلنا) بالرجوع فبما يرجع حكمه مايذكر فى الضمان (أما) الضامن فلو صالح على غير الجنس يرجع بلا خلاف لان بالضمان ثبت الحق في ذمته ثبوته فى ذمة الاصيل والمصالحة معاملة مبنية عليه بخلاف المأذون من غير ضمان ثم ينظر ان كانت قيمة المصالح عليه أكثر من قدر الدين لم يرجع بالزيادة لانه متطوع بها وان لم تكن أكثر كما لو صالح من ألف على عبد يساوى تسعمائة فوجهان وقيل قولان (أصحهما) أنه لا يرجع الا بتسعمائة لأنه لم يغرم سواها (والثانى) يرجع بالألف لأنه قد حصل براءة الذمة بما فعل

ابن الصباغ فى البطلان أن يكون المكسر المضموم الى الصحيح قيمته دون قيمة الصحيح وذلك تفريع على رأيه فى اعتبار القيمة ومقتضى اطلاق الأكثرين وعدم اعتبارهم القيمة أن لا فرق ويوافقه قول نصر المقدسى فى التهذيب انه لا يصح بيع دينار صحيح ودينار رباعيان بدينارين صحيحين الا أن يكون ذلك معروضاً فى رباعيان تخالف قيمتها قيمة الصحيح فان ثبت أنه لا فرق فيجب طرد مثله فى درهم ونصفين بدرهمين والصحيح « » والفلة « » والمروانية « » والهاشمية العامة « » والحدث أو المحدثة « » والردىء اما بانمحاء السكة أو بعدم الطبع أو بنقصان الوزن كذلك قال الفارقي وليس الردىء هو المغشوش بغير الذهب فان ذلك هو مسألة مد عجوة بعينه لانه يشتمل على ذهب وغيره والعتق النافقة « » والضرب المكروه « » والضرب الوسط « » والقطاع أظنها القراضة وقد تقدم من كلام بعض الأصحاب ما يقتضى أن الرباعيات منها ولعله محمول على ما اذا اختلفت القيمة والرواج أما اذا لم تختلف كالانصاف مع الدراهم فى هذا الزمان فلا يظهر تفاوت والمراطلة لفظ قديم قاله مالك فى الموطأ وروى فيه عن سعيد بن المسيب أن يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه فى كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذى يراطله ذهبه فى كفة الميزان الأخرى فاذا اعتدل لسان الميزان أخذ وأعطى قال ابن عبد البر قد روى هذا عن ابن عمر وغيره وقال الأزهرى « » وفى كلام الحنفية دراهم غطريفية قالوا وهى منسوبة الى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد كذا فى المعرب وقيل هو

ما بين الاقواس بياض بالاصل

ومسامحة رب الدين جرت معه ولو أنه باع العبد بالف وتقاصا فالرجوع بالف بلا خلاف لانه ثبت فى ذمته الف ذكره فى التهذيب ولو قال للمضمون له بعت منك هذا العبد بما ضمنته لك عن فلان ففى صحة البيع وجهان حكاهما الاستاذ أبو منصور البغدادى فان صححنا فيرجع بما ضمنه أم بالاقل مما ضمنه ومن قيمة العبد قال فيه وجهان (وأما) الصفة فان كان المؤدى خيرا كما لو أدى الصحاح عن المكسرة لم يرجع بالصحاح وان كان بالعكس ففيه الخلاف المذكور فى خلاف الجنس وعن الشيخ أبى محمد القطع بانه يرجع بما أدى وهذا ما يقتضيه نظم الكتاب والفرق أن غير الجنس يقع عوضا والمكسرة لا تقع عوضا عن الصحاح فلا يبقى الا عارية حق الايفاء والاستيفاء قاله الامام ويتعلق بالرجوع مسائل أخر نوردها موجزين (منها) لو ضمن عشرة وادى خمسة وأبرأه رب الدين عن الباقى لم يرجع الا بالخمسة المغرومة وتبقى الخمسة الأخرى على الاصيل لما مر أن ابراء الضامن لا يوجب براءة الاصيل ولو صالحه من العشرة على خمسة فلا يرجع الا بالخمسة أيضاً لكن يبرأ الضامن والاصيل عن الباقى وان كان صلح الحطيطة أبرأ فى الحقيقة لان لفظ الصلح يشعر بقناعة المستحق

خال هرون الرشيد و يوجد فى كلام الأصحاب دينار شلابى وهو نسبة (١) ودينار جعفرى وأظنه نسبة إلى المتوكل فان اسمه جعفر ودينار أهوازى وهو نسبة (الثالث) أن المصنف ذكر فى الفصل ما إذا كان كل من الجنسين أو النوعين مقصودا أما إذا كان أحدهما غير مقصود فسيأتى له أمثلة فى فصول متفرقة بعد ذلك إن شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ كل ما ذكرناه فيما إذا كان بين العوضين ربا الفضل وهو ما إذا بيع الربوى بجنسه ومعه غيره (أما) إذا بيع الربوى بغير جنسه وفى الطرفين أو أحدهما شيء آخر فينظر إن اتفقا فان كان التقابض فى جميع العوضين جاز أيضاً كصاع حنطة وصاع شعير بصاعى تمر أو صاع تمر وصاع ملح وإن كان التقابض شرطاً فى البعض دون البعض ففيه قولا الجمع بين مختلفى الحكم لأن ما يقابل الدرهم من الشعير لا يشترط التقابض وكذلك صاع حنطة وثوب بصاع شعير ممن صرح بهذه الأحكام الروياني والرافعى والماوردى والبغوى وقد يكون (٢) قال الروياني وكذلك إذا باع سيفاً محلى بفضة بدنانير فيه قولان لأنه صرف و بيع * (٢٦١) كذا بالاصل فحرر

بالقليل عن الكثير بخلاف ما اذا صرح بلفظ الابراء هكذا أورده الشيخان الفراء والمتولى ولو قال قائل لفظ الصلح يتضمن القناعة بالقليل ممن يجرى الصلح معه أم على الاطلاق (والثانى) ممنوع لم يتضح الجواب (ومنها) ضمن ذمى لذمى دينا عن مسلم ثم تصالحا على خمر فهل يبرأ المسلم لان المصالحة بين الذميين أولا يبرأ كما لو دفع الخمر بنفسه فيه وجهان (ان قلنا) بالاول ففى رجوع الضامن على المسلم وجهان ان اعتبرنا بما أدى لم يرجع بشيء وان اعتبرنا بما أسقط رجع بالدين (ومنها) ضمن عن الضامن وأدى الثانى فرجوعه على الاول كرجوع الضامن على الاصيل فيراعى الاذن وعدمه واذا لم يكن له الرجوع على الاول لم يثبت بادائه الرجوع للاول علي الاصيل لانه لم يغرم ولو ثبت له الرجوع على الاول فرجع رجع الاول على الاصيل اذا وجد شرطه فلو أراد الثانى أن يرجع على الاصيل و يترك الاول نظر ان كان الاصيل قد قال له اضمن عن ضامني ففى رجوعه عليه وجهان كما لو قال لانسان أد ديني فادى وليس هذا كما لو قال لانسان أد ديني فادى وليس هذا كما لو قال لانسان اقض دين فلان ففعل حيث لا يرجع على الآمر لان الحق لم يتعلق بذمته وان لم يقل له اضمن عن ضامنى فان كان الحال بحيث لا يقتضى الرجوع للاول على الاصيل لم يرجع الثانى عليه وان كان يقتضيه فكذلك فى أصح الوجهين لانه لم يضمن عن الاصيل ولو أن الثانى ضمن عن الاصيل أيضا فلا رجوع لاحد الضامنين على الآخر وانما الرجوع للمؤدى على الاصيل ولو ضمن عن الاول والاصيل جميعا فاذا أدى كان له أن يرجع على أيهما شاء وان رجع بالبعض على هذا و بالبعض على ذاك ثم للاول الرجوع

﴿ فرع ﴾ لو باع داراً مموهة بذهب بدنانير أومموهة بالفضة بدراهم وكان التمويه بحيث إذا نحت يخرج منه شيء لم يصح والأصح ماذكره القاضي حسين وغيره فلو باع المموهة بالذهب بفضة أو المموهة بالفضة بذهب فان كان بحيث اذا نحت لا يحصل منه شيء صح وإن كان يحصل منه شيء ففيه قولان مبنيان على القولين في الجمع بين مختلفي الحكم قاله القاضي حسين * ولو باع دارا بذهب فظهر فيها معدن ذهب ففي صحة البيع وجهان (أصحهما) عند البغوى والرافعي الصحة لأنه تابع بالأضافة الى مقصود الدار وقد تقدم فى كلام صاحب التتمة الجزم بهذا ومحله اذا لم يكن المعدن ظاهراً وهو يوافق التفصيل المذكور فى بيع القمح المختلط بالشعير وكونه يعتبر فيه أن يكون قصوداً اذا بيع بغير جنسه (ولعلك) تقول قد تقدم فيما اذا باع دراهم بدراهم وظهر فيها معيب أن جماعة اختاروا البطلان وخرجوه على قاعدة مد عجوة والذى ظهر به الاختلاف لم يكن مقصودا عند العقد فهلا كان المعدن كذلك (والجواب) أنه فى بيع الدراهم بالدراهم يشترط المماثلة وقد ظهر انخرامها بانقسام العوض الى صحيح ومعيب والدار المبيعة بالذهب وهى المقصودة لاربا فيها والربوى الذى ظهر فيها لم يكن مقصودا (أما) لو كان المعدن ظاهرا حين البيع لم يصح البيع كما تقدم

على الاصيل بما غرم اذا وجد شرطه (ومنها) على زيد عشرة ضمنها اثنان كل واحد منهما خمسة وضمن احدهما عن الآخر فلرب الدين مطالبة كل واحد منهما بالعشرة نصفها على الاصيل ونصفها على الضامن الآخر فان أدى أحدهما جميع العشرة رجع بالنصف على الاصيل و بالنصف على صاحبه وهل له الرجوع بالكل على الأصل اذا كان لصاحبه الرجوع عليه لوغرم فيه الوجهان وان لم يؤد الا خمسة فينظر ان أداها عن الاصيل أوعن صاحبه أو عنهما يثبت الرجوع بخمسة (ومنها) ضمن الثمن فهلك المبيع قبل القبض أو وجد به عيبا فرده أو ضمن الصداق فارتدت المرأة قبل الدخول أو فسخت بعيب نظر ان كان ذلك قبل أن يؤدى الضامن برىء الضامن والاصيل وان كان بعده فان كان بحيث يثبت له الرجوع رجع بالمغروم على الاصيل وضمن رب الدين للأصيل ماأخذ ان كان هالكا وان كان باقيا يرد عينه وهل له امساكه ورد بدله فيه الخلاف المذكور فيما اذا رد المبيع بعيب وعين دراهمه عند البائع فاراد امساكها ورد مثلها (والاصح) المنع وانما يغرم الاصيل دون الضامن لان فى ضمن الاداء عنه اقراضه وتمليكه اياه وان كان بحيث لايثبت له الرجوع فلا شيء للضامن على الاصيل وعلى المضمون له رد ماأخذه وعلى من يرد هو كما لو تبرع بالصداق وطلق الزوج قبل الدخول ويجيء حكمه فى موضعه (ومنها) أدى الضامن الدين ثم وهبه رب المال منه ففي رجوعه على الاصيل وجهان مبنيان على القولين فيما لو وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول (ومنها) له علي رجلين عشرة وضمن كل واحد منهما

عن صاحب التتمة ولو باع دارا فيها بئر ماء وفرعنا على أن الماء ربوي فأصح الوجهين عند الرافعى الصحة للتبعية ولم يفرقوا بين أن تكون البئر ظاهرة وتمت البيع أو لا لأن البئر وإن كانت ظاهرة فهى تابعة لمقصود الدار بخلاف المعدن فأنه اذا كان ظاهرا يقصد وحده ولا تعلق له بالدار وسيأتى فى بيع الدار بحث عند ذكر المصنف بيع الشاة اللبون بالشاة اللبون * ولو باع بقرة بلبن بقر ثم ظهر أن فى البقرة لبنا فقد ذكر البغوى هنا أنه لايصح واستدل به للوجه القائل بعدم الصحة فيما إذا ظهر المعدن فيحتاج على ماصححه هو والرافعى الى الفرق أو طرد الحكم وقد فرق ابن الرفعة بان الشرع جعل اللبن فى الضرع فى المصراة بمنزلته فى الاناء والمعدن ليس كذلك (قلت) قوله ليس كذلك ان أراد لم يات فيه نص يدل على ذلك فسلم ولكن لايمتنع أن نلحقه بذلك لأنه فى معناه وان أراد أن الشارع حكم فيه بخلاف ذلك فممنوع والله أعلم * قال ابن الرفعة ووزان اللبن بيع الدار المصفحة بالذهب بالذهب وأنه لايجوز لأنه من قاعدة مدعجوة اهـ *

للآخر ماعليه فلا شك أن رب الدين يطالبهما أو من شاء منهما بالعشرة فان أدى احدهما جميع العشرة برئا جميعا والمؤدى الرجوع بالخمسة ان كان التصوير فى حالة ثبوت الرجوع وان أدى كل واحد منهما خمسة عما عليه فلا رجوع وان أداها عن الآخر فلكل واحد الرجوع على الآخر ويجىء خلاف التقاص فان أدى احدهما خمسة ولم يؤد الآخر شيئا فان أداها عن نفسه برىء المؤدى عما كان عليه وصاحبه عن ضمانه وبقي على صاحبه ما كان عليه والمؤدى ضامن له وان أداها عن صاحبه رجع عليه بالمغروم وبقى عليه ما كان صاحبه ضامنا له وإن أداها عنهما فلكل واحد نصف حكمه وإن أدى ولم يقصد شيئا فيقسط عليهما أو يقال اصرفه إلى ماشئت فيه وجهان سبق نظيرهما فى آخر الرهن ومن فوائد الوجهين أن يكون بنصيب أحدهما رهن فاذا قلنا له صرفه الى ماشاء فصرفه الى نصيبه انفك الرهن والالم ينفك ولو اختلفا فقال المؤدى أديت عما على وقال رب الدين بل أديت عما على صاحبك فالقول قول المؤدى مع يمينه فاذا حلف برىء عما كان عليه لكن لرب الدين مطالبته بخمسة لأنه اما صادق فالاصل باق عليه أو كاذب فالضمان باق وعن بعض الأصحاب أنه لامطالبة له لانه إما أن يطالب عن جهة الاصالة وقد صدق الشرع المؤدى فى البراءة عنها أو عن جهة الضمان وقد اعترف رب الدين بأنه أدى عنها * هذا حكم الاداء فى المسألة ولو أبرأ رب الدين أحدهما عن جميع العشرة برىء الاصيل والضامن ويبرأ الاخر عن الضمان دون الاصيل ولو أبرأ أحدهما عن خمسة نظر إن أبرأه عن الأصيل برىء عنه وبرىء صاحبه عن ضمانه وبقى عليه ضمان ما على صاحبه وان أبرأه عن الضمان برىء عنه وبقى عليه الاصل وبقى على صاحبه الاصل والضمان وان أبرأه عن الخمسة عن

﴿ فرع ﴾ لو أجر حليا من الذهب بذهب يجوز ولا يشترط القبض فى المجلس قاله صاحب التهذيب ولو باع دارا فيها صفائح ذهب بفضة فهو صرف وبيع ففيه قولان قاله الرويانى قال فاذا قلنا يصح فلا بد من تسليم الدار وما قابل الصفائح من البدل فى المجلس وما يقابل الدار لا يعتبر قبضه فى المجلس ولو باع دارا فيها صفائح ذهب بدار فيها صفائح فضة يمكن جمعها وقلنا يصح فلا بد من قبض الدارين فى المجلس لأن قبض ماعليهما يكون بقبض الدارين هكذا ذكره الرويانى ولو قيل بأن تسليم الذهب والفضة واجب فى المجلس وتسليم الدارين غير واجب فى المجلس وهذان عقدان فيكون عقد الصرف اقتضى تسليم شىء آخر غير ماورد عليه عقد الصرف فينبغى أن يبطل العقد كذلك بحثنا وسأكرر هذا الاشكال فى مسائل متعددة الى أن يفتح الله فيه بجواب أو يبين الحق فى ذلك والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ الشفيع إذا أراد أن يأخذ هذه الدار بالشفعة قال الرويانى فلا بد من ان يسلم قدر مايقابل الصفائح فى المجلس و يتسلم الدار *

الجهتين جميعاً سقط عنه نصف الاصل ونصف الضمان وعن صاحبه نصف الضمان وبقى عليه الاصل ونصف الضمان فيطالبه بسبعة ونصف و يطالب المبرأ عنه بخمسة وان لم ينو عند الابراء شيئا فيحمل على النصف أو يخير ليصرف الى ماشاء فيه الوجهان ولو قال المبرىء أبرأت عن الضمان وقال المبرأ عنه بل عن الاصل فالقول قول المبرىء (ومنها) ادعى على رجل أن له عليه وعلى فلان الغائب الف درهم عن ثمن عبد باعه منهما واقبضه أو عن جهة اخرى وان كل واحد منهما ضمن عن الآخر ماعليه وأقام على ذلك بينة واخذ الالف من الحاضر قال المزنى فى المختصر يرجع الحاضر بنصف الالف على الغائب (واعترض) عليه بان البينة انما تقام عند الانكار واذا أنكر كان مكذبا للبينة زاعما ظلم المدعى عليه بما اخذه وكيف يرجع على الغائب بما ظلم به (واجاب) الاصحاب عنه بان لا نسلم بأن البينة انما تقام عند الانكار بل يجوز ان يقر الحاضر و يقيم المدعى البينة للاثبات على الغائب ثم هب انه لم يقر لكن البينة لاتستدعى الانكار بخصوصه بل للانكار او مايقوم مقامه وهو السكوت فلعله كان ساكتا ثم هب استدعاءها للانكار لكن لاتستدعى الانكار منه بخصوصه بل يكفى صدور الانكار من وكيله فى الخصومات فلعل البينة اقيمت فى وجه وكيله المنكر ثم هب انه انكر لكنه ربما انكر الضمان وسلم البيع وهذا الانكار لو كان مانعا لكان مانعا للرجوع بجهة غرامة المضمون ومن الجائز ان يكون هذا الرجوع باعتبار ان المدعى ظلمه واخذ ماعلى الغائب منه وللظالم مثل المأخوذ على الغائب فيأخذ حقه بما عنده والذاهبون الى شىء من هذه التأويلات سلموا انه لو وجد التكذيب القاطع لكل احتمال يمتنع الرجوع وهو الاصح على ماذكره المسعودى والامام (ومنهم)

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ ولا يباع خالصة بمشوبة كحنطة خالصة بحنطة فيها شعير أو زوان وفضة خالصة بفضة مغشوشة وعسل مصفى بعسل فيه شمع لأن أحدهما يفضل على الآخر ولا يباع مشوبة بمشوبة كحنطة فيها شعير أو زوان بحنطة فيها شعير أو زوان وفضة مغشوشة بفضة مغشوشة أو عسل فيه شمع بعسل فيه شمع لأنه لايعلم التماثل بين الحنطتين و بين الفضتين وبين العسلين ويجوز أن يباع طعام بطعام وفيه قليل تراب لأن التراب يحصل فى سفوف الطعام ولا يظهر فى الكيل فأن باع موزونا بموزون من جنسه من أموال الربا وفيه قليل تراب لم يجز لان ذلك يظهر فى الوزن و يمنع من التماثل ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ هذا الفصل يتضمن القسم الثانى من أقسام قاعدة مد عجوة وهو مايكون أحد الجنسين فيه غير مقصود كما تقدم التنبيه عليه وهو على قسمين (منه) مايكون بحيث لو فصل وميز لكان قد يقصد حينئذ و يقابل بالاعراض آخر وحده كالشعير المخالط للحنطة والنحاس المخالط للفضة والشمع المخالط للعسل (ومنه) مالا يكون مقصودا بوجه ما كالتراب والقصل والزوان والشيلم

من قال لايمتنع الرجوع وان وجد صريح التكذيب و به قال ابن خيران لأن البينة ابطلت حكم انكاره فكأنه لم ينكر وهذا كما لو اشترى عبدا فادعى مدع انه ملكه وان بائعه غصبه فقال فى الجواب لا بل كان ملكا لبائعى وانه الآن ملكى فاقام المدعى بينة يرجع المشترى على البائع وان أقر بالملك على أن فى هذه الصورة أيضا خلاف وسيأتى فى موضعه ان شاء الله تعالى *

قال ﴿ هذا كله اذا أشهد على الاداء * فان قصر فى الاشهاد ولم يصدق لايرجع وان صدقه المضمون عنه فلا يرجع أيضا فى وجه لانه لم ينفعه أداؤه * وان صدقه المضمون له رجع فى أظهر الوجهين لأن اقراره أقوى من البينة مع انكاره * ولوأشهد رجلاوامرأتين جاز * وفى رجل واحد ليحلف معه خلاف خوفا من قاض حنفى * وفى المستورين خلاف * ولوادعى موت الشهود وأنكر المضمون عنه أصل الاشهاد فوجهان فى أن القول قول من لتقابل القولين ﴾ *

كل مامر من رجوع المأذون فى الاداء والضامن على الاصيل مفروض فيما اذا أشهد على الاداء ولا فرق بين اشهاد رجلين أو رجل وامرأتين ولو شهد واحد اعتمادا على أن يحلف معه فوجهان (أصحهما) أنه يكفى لان الشاهد مع اليمين حجة كافية لاثبات الاداء (والثاني) لا لانهما قد يترافعان الى حنفى لايقضى بشاهد و يمين فكان ذلك ضربا من التقصير ولو أشهد مستورين فبانا فاسقين فوجهان (أحدهما) أنه كما لو لم يشهد لان الحق لايثبت بشهادتهما (وأولاهما) الاكتفاء لانه لااطلاع له على الباطن فكان معذورا ولا يكفى اشهاد من يعرف ظعنه عن قريب لانه لايفضى الى المقصود (أما) اذا

وكلا القسمين اما أن يكون فى المكيل أو فى الموزون فأن كان فى الموزون امتنع مطلقا لما ذكره المصنف فى آخر كلامه من أن ذلك يظهر فى الوزن ويمنع التماثل وان كان فى المكيل فأما أن يكون المخالط قدرا لا يظهر أثره على المكيال كالشعير اليسير جدا المخالط للحنطة والزوان والقصل اذا كان كذلك والتراب أيضا كذلك فلا يضر لأن ذلك يحصل فى سفوف الطعام وقد زاد بعض الاصحاب على العلة المذكورة أن ذلك قل أن ينفك عنه الطعام فتسومح به ولا حاجة الى ذلك مع فرض أن ذلك لم يؤثر فى المكيال نعم قد يقال ان ذلك لا بد أن يؤثر ولو يسيرا لكن ذلك التأثير الذى لا يظهر على المكيال فى محل المسامحة وان كان بحيث يؤثر فى المكيال امتنع فهذا جملة الفصل (وحاصله) الحكم فى المكيل بالامتناع الا فيما لا يظهر أثره على المكيال فى المكيل وذلك مقتضى عبارة الشافعى رحمه الله فى المختصر فانه قال وكذلك كل ما اختلط به الا أن يكون لا يزيد فى كيله مثل قليل التراب الدقيق وما دق من تبنه فأما الوزن فلا خير فى مثل هذا (وقال) فى الام وهكذا كل صنف من هذه خلطه غيره مما يقدر على تمييزه منه لم يجز بعضه ببعض الا خالصا مما يخلطه الا أن يكون ما يخلط المكيل لا يزيد فى كيله مثل قليل التراب وما دق من تبنه فذلك لا يزيد فى كيله فأما الوزن فلا خير فى شيء من هذا فيه اه * والعبارة الجامعة لذلك أن الربوى لا يباع بجنسه وفيهما أو فى أحدهما ما ياخذ خطأ من المكيال وهى عبارة نصر المقدسى فى الكافى وقد ذكر المصنف فى تعضيد ذلك ثلاث مسائل فى أمثلة الخالص بالمشوب عليها واحدة (الأولى) الحنطة الخالصة بالحنطة التي فيها شعير أو زوان قال الشافعى فى المختصر لا خير فى مد حنطة فيها قصل أو زوان بمد حنطة لاشيء فيها من ذلك لأنها حنطة بحنطة متفاضلة ومجهولة وقال فى الأم فى باب المأكول من صنفين شيب أحدهما بالآخر ولا خير فى مد حنطة فيها قصل أو فيها حجارة أو فيها زوان بمد حنطة لاشيء فيها من ذلك أو فيها تبن لأنها الحنطة بالحنطة متفاضلة ومجهولة وقال القاضى حسين فى قول الشافعى لا خير أراد بقوله لا خير يعني لا يجوز قال الروياني وكنا

أدى من غير اشهاد فينظر ان أدى فى غيبة الاصيل فهو مقصر بترك الاشهاد اذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات لو جحد رب الدين ولا رجوع له على الاصيل ان كذبه وان صدقه فوجهان (أحدهما) وبه قال ابن أبي هريرة أنه يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته باذنه (وأظهرهما) منع الرجوع وبه قال ابواسحق لأنه لم يؤد بحيث ينتفع به الاصيل فان رب الدين منكر وطلبته بحالها وهل يحلف الأصيل اذا كذبه قال في التتمة ينبني على أنه لو صدقه هل يرجع عليه (ان قلنا) نعم حلف على نفى العلم بالأداء (وان قلنا) لا فينبني على أن النكول ورد اليمين كالاقرار أو كالبينة (ان

نتوهم أن هذه اللفظة له حتى وجدناها لمالك رحمه الله فى مسائل الربا فتوهمناها له حتى وجدناها لرسول الله ﷺ استعملها فى مثل هذه المسائل وعبارة الأم أصح من عبارة المختصر فأنه فى المختصر أخل بأحد القسمين واتفق الأصحاب على امتناع البيع فى ذلك وقيده ابن أبى هريرة بما اذا كان القصل كثيراً يعنى بحيث يظهر أثره على المكيال أما ما كان يسيرا لا يتبين فى المكيال قال فيجوز وكذلك امام الحرمين والغزالى فى البسيط طردا ذلك فى الشعير المخالط للحنطة وكلام الشافعى يرشد اليه فى قوله الا أن يكون لا يزيد فى كيله وكلام القاضى أبى الطيب أيضا فأنه لما تكلم فى بيع الحنطة المختلطة بالشعير بمثلها قيد ذلك بأن يكون الشعير كثيرا وذلك هو الحق الذى لامرية فيه وينبغى أن ينزل كلام من أطلق من الأصحاب عليه وقد وقع فى كلام صاحب التهذيب مايوهم المخالفة فأنه قال بعد ذكر القصل والزوان قل أو كثر وهذا لا ينبغى أن يعد مخالفة بل ينبغى أن يحمل القليل فى كلامه على ماليس مقصودا وان أثر فى الكيل فاختلف الحكم فى

قلنا) بالاول لم يحلف لان غايته أن ينكل فيحلف الضامن فيكون كما لو صدقه وذلك لايفيد الرجوع (وان قلنا) بالثانى حلفه طمعا فى أن ينكل و يحلف فيكون كما اذا أقام البينة ولو كذبه الأصيل وصدقه رب المال فوجهان (أحدهما) انه لارجوع له ولاينهض قول رب المال حجة على الأصيل (واظهرهما) ثبوت الرجوع لسقوط الطلبة باقراره واقراره أقوى من البينة مع انكاره فان أدى فى حضور الأصيل فقد حكى الشيخ ابو حامد وآخرون وجها انه لا يرجع كما لو ترك الاشهاد فى غيبته وظاهر المذهب المنصوص انه يرجع لانه فى الغيبة مستبد بالامر فعليه الاحتياط والتوثيق فاذا كان الاصيل حاضرا فهو اولى بالاحتياط والتقصير وترك الاشهاد منسوب اليه واذا توافق الاصيل والضامن على انه اشهد ولكن مات الشهود او غابوا ثبت له الرجوع لانه اتى بما عليه ونقل الامام وجها بعيدا انه لارجوع اذا لم ينتفع بادائه اذ القول قول رب الدين فى نفى الاستيفاء ولو قال الضامن اشهدت وماتوا فانكر الاصيل الاشهاد ففيه وجهان (اصحهما) ان القول قول الاصيل لان الاصل عدم الاشهاد (والثانى) ان القول قول الضامن لان الاصل عدم التقصير ولأنه قد يكون صادقا وعلى تقدير الصدق يكون منعه من الرجوع اضرارا فليصدق للضرورة كما يصدق الصبي فى دعوي البلوغ اذ لايعرف الا من جهته ولو قال أشهدت فلانا وفلانا فكذباه فهو كما لولم يشهد ولو قالا لاندرى وربما نسينا ففيه تردد للامام ومتى لم يقم البينة على الأداء وحلف رب المال بقيت مطالبته بحالها فان أخذ المال من الاصيل فذاك وان أخذه من الكفيل مرة أخرى لم يرجع بهما لانه مظلوم باخذها ولايرجع الا علي من ظلمه وبم يرجع فيه وجهان (أحدهما) أنه لايرجع بشيء (أما) بالمبلغ الاول فلانه قصر عند أدائه بترك الاشهاد (وأما) الثانى فلا عترافه بأنه مظلوم

ذلك بحسب اختلاف المراد بالقليل والكثير وضابطه أن ما كان بحيث لايؤثر فى المكيال فلا اعتبار به فى منع المماثلة وما كان بحيث يؤثر فى المكيال فأن كان مقصودا فيمنع عند اختلاف الجنس واتحاده وإن كان غير مقصود فيمنع عند اتحاد الجنس لفوات المماثلة ولا يمنع عند اختلاف الجنس لعدم اشتراطها ولا فرق في ذلك بين الزوان والقصل والشعير والشيلم كما قال القاضى أبو الطيب وهو وغيره ضابطه ماذكرناه وعلي ذلك ينبغى أن ينزل كلام القاضى حسين وصاحب العدة ومن نحا نحوهم فأنهم قالوا واللفظ للقاضى حسين ولو باع الحنطة بالحنطة وفى كل واحد منهما أو فى أحديهما حبات من الشعير لايجوز ولو باع الحنطة بالشعير وفي الحنطة حبات من الشعيرفأن كان يسيرا جاز وان كان كثيرا فلا وبعضهم لايذكر هذا التفصيل الأخير بين اليسير والكثير ويطلق عنداختلاف الجنس الجواز وهذا الكلام منهم يوهم أن الحنطة المشوبة لاتباع

(وأظهرهما) أنه يرجع لانه غرم لا براء ذمته فعلى هذا هل يرجع بالأول لأنه المبرىء للذمة او بالثانى لأنه المسقط للمطالبة فيه وجهان (خاتمة) قال فى التلخيص لو كان على رجل تسعون درهما فجاء مريض فضمن عنه بأمره ولا مال له غيره ومات من عليه الحق ولم يترك الاخمسة وار بعين درهما ومات الضامن كان لصاحب الحق مطالبة ورثة الضامن بستين درهما ويرجع ورثة الضامن على الميت بثلاثين ويرجع صاحب الحق على الميت بخمسة عشر درهما هذا لفظه * واعلم أن الضمان فى مرض الموت اذا كان بحيث يثبت الرجوع ووجد الضامن مرجعا فهو محسوب من رأس المال وان كان بحيث لايثبت الرجوع أولم يجد مرجعا كموت الاصيل معسرا فهو محسوب من الثلث وهذا قدمر طرف منه فى أوائل الضمان وبه تعرف أنه لم يشترط فى صورة المسألة موت الاصيل ومتى وفت تركة الاصيل بثلثي الدين فلا دور لأن صاحب الحق ان أخذ الحق من تركة الضامن رجع ورثته بثلثيه فى تركة الاصيل وان أخذ تركة الاصيل وفضل شىء أخذه من تركة الضامن ويقع تبرعا لان ورثة الضامن لايجدون مرجعا وان لم تف التركة بالثلثين فقد يتفق الدور فى المسألة كالصورة المنقولة عن التلخيص وهى أن يضمن المريض تسعين ويموت وليس له الا تسعون ويموت الاصيل وليس له الا خمسة وأربعون فصاحب الحق بالخيار ان شاء أخذ تركة الاصيل بتمامها وحينئذ لايقع دور أيضا وله مطالبة ورثة الضامن بثلاثين درهما ويقع تبرعاً اذا لم يبق للاصيل تركة حتى يفرض فيها رجوع فان اراد الأخذ من تركة الضامن لزم الدور لأن مايغرمه ورثة الضامن يرجع اليهم بعضه من جهة أنه يصير المغروم دينا لهم على الأصيل فيضاربون به مع صاحب الحق فى تركته ويلزم من رجوع بعضه زيادة التركة ومن زيادة التركة زيادة المغروم ومن زيادة المغروم زيادة الراجع وطريق استخراجه أن يقال يأخذ صاحب الحق من ورثة الضامن شيئا ويرجع اليهم مثل نصفه لأن تركة الأصيل نصف تركة الضامن فيبقى عندهم تسعون الا

بمثلها

بمثلها ولا بالخالصة وإن قل الخليط وذكر الأمام في النهاية عن الأئمة ماظاهره يوافق كلام القاضى حسين وموافقيه واختصره الشيخ ابو محمد بن عبد السلام فى الغاية فأوضحه و بين ماذكرته فقال وقد قالوا إذاباع حنطة بحنطة فى المكيالين أو أحدهما شعير أوتراب فهو ممنوع إن أثر فى التماثل جائز إن لم يؤثر ولو باع الشعير بحنطة فيها شعير فأن كن ممالا يقصد مثله صح البيع سواء أثر فى المكيال أو لم يؤثر اه قال الأمام والغزالى ولا يكترث بظهور أثره فى المكيال ولا بكونه متمولا فالنظر إلى كونه مقصودا على حياله يعني أن المعتبر كون الشعير الذى خالط الحنطة قدرا يقصد غيره ليستعمل شعيرا وكذا بالعكس وشبهوا هذا بالمحرم الذى قطع مدة لايلزمه فدية الشعور التي عليها لأنها تقع مقصودة والله أعلم * وكذافى كلام صاحب التتمة وصاحب التهذيب يبين المراد من ذلك فقد تلخص أن الربوى المكيل إذا بيع بغير جنسه وكل منهما أو أحدهما مشوب بالآخر فالمانع كون المخالط مقصودا لتمييز ليستعمل وحده وليس لتبينه فى المكيال أثر ولا لماليته و إذا بيع بجنسه فالمانع كون المخالط قدراً يؤثر فى المكيال ولا فرق فى ذلك بين المكيل والموزون كما ستعلمه من الفرع الآتى عن الشيخ أبى محمد ههنا *

﴿ فرع ﴾ وهو إذا كان المخالط عند اتحاد الجنس قدرا لايؤثر فى المكيال لكنه مقصود كما لو باع التمر بالتمر وفى أحد المكيالين أو فيهما طعام صغير الحب لايؤثر فى المكيال ويقصد كالسمسم

نصف شيء وهو يعدل مثلى ماتلف ناقصان والتالف نصف شيء ومثلا شيء فاذا تسعون الا نصف شيء يعدل شيئا فاذا اخترناوقابلنا عدل تسعون شيئا ونصفا فيكون الشيء شيئين فبان لناأن المأخوذ ستون وحينئذ يكون الستون دينا لهم على الاصيل وقد بقى لصاحب الحق ثلاثون فيتضاربون فى تركته بسهمين وسهم وتركته خمسة وأربعون يأخذ منها للورثة ثلاثين وصاحب الحق خمسة عشر ويتعطل باقى دينه وهو خمسة عشر ويكون الحاصل للورثة ستين ثلاثون بقيت عندهم وثلاثون أخذوها من تركة الاصيل وذلك مثلا ماتلف ووقع تبرعا وهو ثلاثون ولو كان التصوير كما مر لكن تركة الاصيل ثلاثون لقلنا يأخذ صاحب الحق شيئا ويرجع الى ورثة الضامن مثل ثلثه لان تركة الاصيل ثلث تركة الضامن فيبقى عندهم تسعون ناقصة ثلثى شيء يعدل مثلى التالف بالضمان وهو ثلثا شيء فمثلاه شيء وثلث فاذن تسعون الا ثلثى شيء يعدل شيئا وثلثا فاذا اخترنا وقابلنا عدل تسعون شيئين فيكون الشيء جميعه خمسة وأربعون وذلك ماأخذه صاحب الحق صار دينا لورثة الضامن على الأصيل و بقى لصاحب الحق عليه خمسة وار بعون أيضا فيضاربون فى تركته بسهم وسهم يحصل بينهما مناصفة ولو كان تركة الاصيل ستين فلا دور بل لصاحب الحق أخذ تركة الضامن كلها بحق الرجوع ويقع الباقى تبرعا ثم قال فى التلخيص ولو كانت المسألة بحالها

مثلا ومقتضى التفريع أنه يمتنع ويكون من قاعدة مدعجوة والله أعلم (ثم ليتنبه) لأمر وهو أن لفظ الفصل الذي أجريناه المفهوم من كلام الامام والرافعى منه أن يقصد تمييز الخليط ليستعمل على حياله وهذا أعم من أن يكون هو مقصودا فى نفسه لأنه قد يكون مقصودا منضما إلى غيره ولا يقصد تمييزه كالأشياء التى يقصد مجموعها سواء امتنع التمييزفيها كخل التمر بخل الزبيب مع أن الماء لا يقصد تمييزه عنه ولا يصح بيعه فهو كحنطة وشعير بحنطة وشعير وكل منهما مقصود أو أمكن تمييزه ولكنه يقصد اختلاطها كالقمح المشتمل على شعير كثير قد يقصده بعض الناس لرخصه أو لغرض من الأغراض ولا يقصد تمييز الشعير عنه وإن أردنا أن قصد تمييز المبيع عن الخليط مانع فلا شك أن القصد يتعلق بتمييز الحنطة عن الشعير وان قال فذلك غير مراد وان حذفنا لفظ التمييز وقلنا المانع عند اختلاف الجنس أن يكون الخليط مقصودا استقام ولا يرد عليه ذلك فى الطرد أى كل خليط مقصود مانع ولا يستقيم فى العكس اذ ليس كل مانع يشترط أن يكون مقصودا ألا ترى أن

وكان قد ضمن أيضا عن الضامن ضامن ثان ومات الضامن الثانى ولم يترك الاستين درهما أيضا كان لصاحب الحق أن يطالب ورثة أيهما شاء فان طالب به ورثة الضامن الاول كان كالمسألة الاولى يأخذ منه ستين ومن ورثة من كان عليه أصل المال خمسة عشر ويرجع ورثة الضامن الثانى على ورثة الذى كان عليه الحق بثلاثين وان طالب ورثة الضامن الثانى أخذ منهم سبعين درهما ومن ورثة من كان عليه الاصل خمسة عشر ويرجع ورثة الضامن الثانى على الضامن الاول باربعين درهما ويرجع الضامن الاول فى مال من عليه أصل الحق بثلاثين (أما) قوله إن طالب ورثة الضامن الاول كان كالمسألة الاولى معناه أنه لايأخذ منهم الا ستين ويأخذ من تركة الاصيل خمسة عشر كما فى الصورة السابقة لكن لايتلف من ماله شيء ههنا بل يطالب بالباقى وهو خمسة عشر ورثة الضامن الثانى (أما) جوابه فيما اذا طالب ورثة الضامن الثانى فقد غلطه الاصحاب فيه من جهة أنه أتلف من مال الثانى ثلاثين لانه أخذ منهم سبعين وأثبت لهم الرجوع باربعين وكان الباقى عندهم عشرين فالمجموع ستون ولم يتلف من مال الاول الا عشرة لانه أخذ منهم أربعين وأثبت لهم الرجوع بثلاثين ومعلوم أن الضامن الثانى إنما ضمن لهم تسعين عمن يملك تسعين والاول ضمن تسعين عمن يملك خمسة وأربعين وكيف يؤخذ من الثانى أكثر مما يؤخذ من الاول ثم اختلفوا فى الصواب فقال الاستاذ أبو منصور فى الوصايا يأخذ صاحب الحق من ورثة الضامن الثانى خمسة وسبعين ويرجعون بمثلها على ورثة الاول ويرجع ورثة الاول على ورثة الاصيل بتركته وهو خمسة واربعون فيكون جملة مامعهم ستين خمسة عشر من الاصيل والباقى من العوض وذلك مثلا الثلاثين التالفة عليهم ولم يثبت

لبن الغنم المشوب بالماء يمتنع بيعه بلبن البقر المشوب والخالص كما قلنافى خل التمر وإن كان الماء في اللبن ليس بمقصود ولا يفيد كونه يقصد تمييز اللبن عنه لما تقدم أنه غير مراد فالأولى أن يحذف لفظ التمييز ويجعل هذا الضابط غير منعكس أو يدعى انعكاسه و يعتذر عن مسألة اللبنين بأن المانع جهالة مقدار اللبن وهو المقصود بالبيع وحده بخلاف الخل فان المقصود الهيئة التركيبية ولا يرد على الطرد الذى ادعيناه خل التمر بخل العنب فى كون الماء الخليط فى خل التمر مقصوداً لأنا نتكلم فيما إذا كان أحد العوضين مشوبا بالآخر وههنا ليس فى أحد العوضين شيئا مما فى الآخر اذ خل التمر لا عنب فيه وخل العنب لا ماء فيه ولا تمر ولعلك تقول الكلام فى بيع الحنطة بالشعير وفى كل منهما شىء من الأخر وليس فى أحد اللبنين شىء مما فى الآخر ولا فى أحد الخلين وانما مع كل منهما ماء فاعلم أن المانع فى الخلين كونه مقابله خلا وأما الماء فى الخل لا يقصد تمييزه وهذا المعنى نفسه حاصل فى الحنطة والشعير بحنطة وشعير وإن كان الخليط فى كل طرف غير مقصود فى التمييز والله أعلم (فأن قلت) إذا باع القمح بالقمح وفى كل منهما شعير قد خالط به وعرف مقدار الخليطين ينبغى أن تخرج الصحة فيه على الخلاف فى بيع مد ودرهم بمد وهما من غلة واحدة وسكة واحدة وروى القاضى حسين ومن وافقه الصحة فينبغى أن يكون هنا كذلك وقد تقدم أن رأى المصنف اشتراط الاختلاف فى القيمة

لصاحب الحق مطالبة ورثة الثاني بكمال الدين وقال القفال والا كثرون له مطالبة ورثة الثاني بجميع الدين ثم هم يرجعون على ورثة الاول بخمسة وسبعين يتلف عليهم خمسة عشر للضرورة و يرجع ورثة الاول بها على ورثة الاصيل بتركته كما ذكره الاستاذ وقال الامام رحمه الله كأن الاستاذ اعتقد أن الضمان الاول لايصح الا فى قدر لو رجع معه فى تركة الاصيل لما زاد التالف من تركته علي ثلثها واذا لم يصح ضمانه فيما زاد لم يصح ضمان الثانى عنه والآخرون قالوا انما لايؤخذ أكثر من الثلث بحق الورثة لكنه صحيح فى الجميع متعلق بذمته فيكون ضمان الثانى عنه فيما زاد كالضمان عن المعسر ويجب أن يكون هذا الخلاف جاريا فى مطالبتهم بتتمة التسعين اذا طالب أولا ورثة الضامن الأول وان لم يذكر ثم وإن أخذ المستحق أولا تركة الاصيل برىء الضامنان عن نصف الدين ثم المستحق على جواب الاكثرين ان شاء أخذ من ورثة الاول ثلاثين ومن ورثة الثانى خمسة عشر وان شاء أخذ الكل من ورثة الاول ولا رجوع وان شاء أخذها من ورثة الثانى وهم يرجعون على ورثة الاول بثلاثين فيصل الى تمام حقه بالطريقين وعلى جواب الاستاذ ليس له من الثاني الا ثلاثين ان شاء أخذها من ورثة الاول ولا يرجع وان شاء أخذ من ورثة الثانى وهم يرجعون على ورثة الاول *

فينبغى إذا فرض اتحاد قيمة الشعير مع قيمة القمح أن يكون رأيه فى ذلك الصحة وهو قد أطلق القول بالفساد ههنا وقد تقدم عن صاحب التتمة صرّح بأنه إذا باع صاع حنطة وصاع شعير بصاع حنطة وصاع شعير وصاعا الحنطة من صبرة واحدة وصاعا الشعير كذلك وفيه خلاف وإذا جرى الخلاف فى الحنطة والشعير المتميزين فلأن يجري فى المختلطين بطريق أولى فأن عدم التمييز فى النوعين قد جعل عذرا كما تقدم عن صاحب التهذيب أنه يجوز بيع الصاع المختلط من الجيد والرديء بمثله وبالرديء وإن كان فى الجنسين لم يفتقر كالدراهم المغشوشة والشهد وما أشبهه فأذا جرى الخلاف فى الحنطة والشعير عند التمييز فلأن يجري مع الاختلاط أولى (قلت) ذلك حق والعذر عن الشيخ فى إطلاقه أن الغالب فى قيمة الشعير لاتكون مساوية لقيمة القمح فلا يلزمه القول بالصحة في ذلك

كتاب الشركة

قال ﴿ شركة العنان معاملة صحيحة وأركانها ثلاثة (الاول) العاقدان ولايشترط فيهما الأهلية التوكيل والتوكل فان كل واحد متصرف فى مال نفسه ومال صاحبه باذنه ﴾ *

عن أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي ﷺ قال «يقول الله تعالى انا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فاذا خانه خرجت من بينهما» (١) يعني ان البركة تنزع من ماليهما وروى «ان السائب كان شريك النبي ﷺ قبل المبعث وافتخر بشركته بعد المبعث فلم ينكر عليه وأن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين» (٢) واعلم أن كل حق ثابت بين شخصين فصاعدا على الشيوع يقال انه مشترك بينهم وذلك

كتاب الشركة

(١) ﴿ حديث ﴾ أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال يقول الله تعالي أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فاذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما أبو داود من حديث أبى هريرة وصححه الحاكم وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان والد أبى حيان وقد ذكره ابن حبان فى الثقات وذكر أنه روى عنه أيضا الحرث بن يزيد لكن أعله الدارقطنى بالارسال فلم يذكر فيه اباهريرة وقال إنه الصواب ولم يسنده غير أبي همام بن الزبرقان وفى الباب عن حكيم بن حزام رواه أبو القاسم الأصبهانى فى الترغيب والترهيب *

(٢) ﴿ حديث ﴾ أن السائب بن يزيد كان شريك النبي ﷺ قبل المبعث وافتخر بشركته بعد المبعث كذا وقع عنده وقوله بن يزيد وهم وإنما هو السائب بن أبى السائب رواه ابو داود والنسائى وابن ماجه والحاكم عنه إنه كان شريك النبى ﷺ فى أول الاسلام فى التجارة فلما كان يوم الفتح قال مرحبا باخي وشريكي لايدارى ولا يمارى لفظ الحاكم وصححه ولابن ماجه كنت شريكا فى الجاهلية ورواه أبو نعيم فى المعرفة والطبرانى فى الكبير من طريق قيس

وانما يلزم ذلك القاضي حسين وموافقيه فأنهم لم يشترطوا الموافقة في القيمة بين الجنسين المضمومين في العوض الواحد كما اقتضاه كلام المصنف بل أن يكون جزء كل عوض وما يماثله من العوض الآخر متساويين وإذا كان الشعيران متساوين والحنطتان متساويتين لزمهم القول بالصحة وقد نبه على ذلك ابن الرفعة رحمه الله ولعلهم إنما أطلقوا المنع على ماهو الغالب من عدم معرفة مقدار الشعير المضموم الى الحنطة والله أعلم (فائدة أخرى) نبه على الكلام فيها ابن الرفعة * قد تقدم أن الشعير اذا كان قليلا بحيث لايؤثر في المكيال فأنه لايضر ويجوز بيع الحنطة المختلطة به بمثلها وبالخالصة عنه وانه اذا كان كثيرا بحيث يؤثر في المكيال ولكنه غير مقصود تمييزه

ينقسم الى مالايتعلق بمال كالقصاص وحد القذف وكمنفعة كلب الصيد المتلقى من مورثهم والى مايتعلق بمال وذلك اماعين مال ومنفعة كما لو غنموا مالا أواشتروه أو ورثوه (واما) مجرد المنفعة كالو استأجروا عبدا أو وصى لهم بمنفعته (واما) مجرد العين كالو ورثوا عبدا موصى بمنافعه (واما) حق يتوصل به الى مال كالشفعة الثابتة لجماعة وكل شركة اما أن تحدث بلا اختيار كما في الأرث أو باختيار في الشراء وليس مقصود الباب الكلام في كل شركة بل في الشركة التي تحدث باختيار ولا في كل ماتحدث بالاختيار بل في التي تتعلق بالتجارات وتحصيل الفوائد والارباح وهي أربعة أنواع (منها) شركة العنان ومما أخذت اللفظة (قيل) من عنان الدابة اما لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان (واما) لان الآخذ بعنان الدابة حبس إحدى يديه على العنان والاخرى مطلقة يستعملها كيف شاء كذلك الشريك منع بالشركة نفسه عن التصرف في المشترك كما يشتهي وهو مطلق اليد والتصرف في سائر أمواله (وقيل) هي من قولهم - عن - الشيء إذا ظهر امالانه ظهر لكل واحد منهم مال صاحبه وأما لأنه أظهر وجوه الشركة ولذلك اتفقوا على صحتها وقيل من المعانة وهي المعاوضة لأن كل واحد منهما يخرج ماله في معاوضة اخراج الآخر ثم تكلم صاحب الكتاب على عادته في أركان هذه الشركة ثم في أحكامها (فاحدها) المتعاقدان والمعتبر فيهما أهلية التوكيل والتوكل على ماسيذكر في باب الوكالة فان كل واحد من الشريكين متصرف في جميع المال في ماله بحق الملك وفي مال غيره بحق اذنه فهو وكيل عن صاحبه وموكل له بالتصرف وتكره مشاركة الذمي ومن لا يحترز عن الربا *

قال ﴿ الثاني الصيغة وهي ماتدل على الأذن في التصرف والأظهر أنه يكفي قولهما اشتركنا اذا كان يفهم المقصود منه عرفا ﴾ *

ابن السائب وروى أيضا عن عبد الله بن السائب قال أبو حاتم في العلل وعبد الله ليس بالقوي

لايضر فى بيع الحنطة بالشعير للاختلاف فى الجنسين واقتضى كلام الأمام شبيه ذلك ببيع المختلط بالزبد فأن مافى الزبد من الرغوة المماثلة للمخيض غير مقصودة والزبد والمخيض بعد نزع زبده يختلفان فلم يمتنع البيع لكن المصنف فى أواخر هذا الباب وغيره حكوا عن أبي اسحق أنه لا يجوز بيع الزبد بالمختلط لأن فى الزبد شنان المخيض وكذلك حكوا فى بيع الزبد بالزبد وجهين قال ابن الرفعة فقياس الشبهة يقتضى أن يأتى وجه فى بيع الحنطة المختلطة بالشعير كقول أبى اسحق فى بيع المختلط بالزبد * واعلم أن الأصحاب ردوا على أبي اسحق هنالك بأن ما فى الزبد من المخيض لا يظهر وقاسه صاحب التتمة على بيع الحنطة بالشعير وفيهما قليل منه والتخاريج المذهبية إنما تطرد فى أقوال الشافعى (أما) الوجه الذى للأصحاب فلا يلزم مناطردها بل انما يلزم صاحبها فأن طردها وكان له جواب فارق والا تبين ضعف قوله وليس يسوغ أن يؤتى إلى وجه ضعيف مردود عليه وهو ممنوع على تعليل حكي عن أبي اسحق أنه عالل به كلام الشافعى فى بيع الزبد باللبن كما سنتكلم عليه عند كلام المصنف إن شاء الله تعالى ورد الاصحاب عليه فى ذلك التعليل وقال القاضي أبو الطيب إن أبا اسحق لم يذكره في الشرح فيوجد وجه مثل هـذا يثبت به خلاف فى مسألة مجزوم بها بل يرد بالمسألة المجزوم بها على ذلك الوجه الضعيف نعم حكوا فى بيع الزبد بالزبد وجهين والوجه القائل بالفساد ناظر الى أن مافيه من اللبن يمنع المماثلة وهو موزون فلا يغتفر فيه وان كان يسيرا فليس كمدرك أبي اسحق فى بيع الزبد بالمخيض ولا يلزم طرده فى بيع الحنطة المختلطة بالشعير القليل الذى لا يؤثر فى الكيل

لابد من لفظ يدل على الأذن فى التصرف والتجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه صريحا فذاك ولو قالا اشتركنا واقتصرا عليه فهل يكفى ذلك لتسلطهما على التصرف من الجانبين فيه وجهان (أحدها) ويحكى عن أبى على الطبري نعم لفهم المقصود عرفا وبهذا قال أبو حنيفة (والثانى) لا لقصور اللفظ عن الاذن واحتمال كونه اخبارا عن حصول الشركة فى المال ولا يلزم من حصول الشركة جواز التصرف ألا ترى أنهما لو ورثا مالا لا يتصرف فيه أحدهما الا باذن صاحبه والوجه الاول أظهر عند صاحب الكتاب (والثانى) أصح عند القاضى ابن كج وصاحب التهذيب والاكثرين ولو أذن أحدهما للآخر فى التصرف فى جميع المال ولم يأذن الآخر تصرف المأذون فى جميع المال ولم يتصرف الآخر الا فى نصيبه وكذا لو أذن لصاحبه فى التصرف فى الجميع وقال أنا لا أتصرف الا فى نصيبي ولو شرط أحدهما على الآخر أن لا يتصرف فى نصيبه لم يصح العقد لما فيه من الحجر على المالك فى ملكه ثم ينظر فى المأذون فيه ان عين جنسا لم يصح تصرف المأذون فى نصيب الآذن من غير ذلك الجنس وان قال تصرف واتجر فيما شئت من أجناس الاموال جاز وفيه وجه أنه لا يجوز الاطلاق بل لابد من التعيين *

بمثلها ولا بالشعير والله أعلم * وقد نبه الشافعي رضي الله عنه على هذه القاعدة في باب المأكول من صنفين شيب في الام قال في آخره كل ماشابه غيره فبيع واحد منه بواحد من جنسه وزنا بوزن فلا خير فيه وان بيع كيلا بكيل فكان ماشابه ينقص من كيل الجنس فلا خير فيه ثم قال وهى مثل لبن خالطه ماء بابن خلطه ماء أولم يخالطه يعنى فيمتنع (قلت) وهذا الكلام ينبه على أن الماء المختلط باللبن لو كان يسيرا جدا بحيث لايؤثر في الكيل صح فان اللبن مكيل على الصحيح *

﴿ فرع ﴾ اذا خلطا نوعا بنوع من جنس واحد وباعه بنوع منه كمعقلى ببرنى أوقمح صعيدى ببحرى وفى كل منهما أو أحدهما شيء من الآخر فيتجه أن يقال حيث نقول بالصحة في الجنسين بأن يكون الخليط غير مقصود كما اذا باع معقليا ببرنى فيه شيء يسير من المعقلى لا يقصد فههنا أولى وحيث نقول بالبطلان في الجنسين بأن يكون الخليط مقصودا فههنا يأتى ماتقدم في المرتبة الثانية

قال ﴿ الثالث المال واشارة النص الى أنه لابد وأن يكون نقدا كالقراض لأن مقصوده التجارة والا قيس أنه يجوز في كل مال مشترك * والاشتراك بالشيوع هو الأصل ويقوم مقامه الخلط الذى يعسر معه التمييز فانه يوجب الشيوع * ولا يكفى (ح) خلط الصحيح بالقراضة * ولا السمسم بالكتان * ولا عند (ح) اختلاف السكة * وكذا (ح) كل اختلاف يمكن معه التمييز فان الشيوع لايحصل معه * وليتقدم (ح) الخلط على العقد * فلو تراخى ففيه خلاف * ولايشترط (و) تساوى المالين في القدر ولا العلم بالمقدار حالة العقد ﴾ *

الركن الثالث المال المعقود عليه وفيه مسائل (احداها) لاخلاف في جواز الشركة في النقدين (وأما) سائر الأموال فالمتقومات لاتجوز الشركة عليها وفى المثليات قولان وقيل يقال وجهان (أحدهما) المنقول عن رواية البويطى وأبى حنيفة أنه لايجوز كما لايجوز في المتقومات وكما لايجوز القراض الا في النقدين (وأصحهما) وبه قال ابن سريج وأبو اسحق يجوز لان المثلي اذا اختلط بجنسه ارتفع معه التمييز فاشبه النقدين وليس المثلى كالمتقوم لأنه لايمكن الخلط في المتقومات وربما يتلف مال أحدهما ويبقى مال الآخر فلا يمكن الاعتداد بتلفه عنهما وفى المثليات يكون التالف بعد الخلط تالفا عليهما جميعا ولان قيمتها ترتفع وتنخفض وربما تنقص قيمة مال احدهما دون الآخر وتزيد فيؤدى الى ذهاب الربح في رأس المال أو دخول بعض رأس المال في الربح ويخالف القراض لان حق العامل محصور في الربح فلا بد من تحصيل رأس المال لتوزيع الربح وفى الشركة لاحاجة بل كل المال موزع عليهما على قدر ماليهما ولفظ النقدين عند اطلاقنا تجوز الشركة فيهما نعني به الدراهم والدنانير المضروبة وأما غير المضروبة من التبر والحلى والسبائك فقد أطلقوا منع الشركة فيها وبمثله أجاب

من قاعدة مدعجوة والصحيح الصحة لعدم تميزه ويأتى فيه الوجه الذى حكاه صاحب التتمة أنه ان كان ظاهرا يرى من غير تأمل لم يجز ولا أثر لكون الخليط موجبا لتفاوت الكيل فيما اختلط به ومقابله لأن الخليط هنا من الجنس معتبر فى الكيل أيضا والله سبحانه وتعالى أعلم (المسألة الثانية) الفضة الخالصة بالفضة المغشوشة والمغشوشة على قسمين (قسم) الغش الذى فيها ماله بيان وقيمة كالرصاص والنحاس والمس وهو (١) وكذلك الدراهم المزيفة وهى التى فيها فضة ورصاص وزئبق فيستهلك الزئبق و يبقى الفضة والرصاص (وقسم) الغش الذي فيها ما يستهلك كالزرنيخية والاندرانية وهى التي تتخذ شبه الدراهم من الزرنيخ والنورة ثم يطلى عليه الفضة وقد كان يتعامل بها فى بغداد وغيرها وتسمى بخراسان الزرنيخية والمراد بالاستهلاك أنه لايبقى لغشها قيمة وليس المراد أنه يستهلك عين الغش فأنه لايزول والحكم المذكور شامل للقسمين لايجوز بيع الخالصة بالمغشوشة فى القسمين معا سواء كان الغش مما قيمته باقية

القاضى الرويانى فى الدراهم المغشوشة وحكى فيها خلاف أبي حنيفة لكن يجوز بناء الحكم فى التبر على انه مثلى أم لا وفيه خلاف ستعرفه ومأخذه فى كتاب الغصب فان جعل متقوما لم تجز الشركة عليه والا ففيه الخلاف فى المثليات (وأما) الدراهم المغشوشة فقد حكى صاحب التتمة فى جواز القراض عليها خلافا مبنيا على جواز التعامل بها فقد الحقنا المغشوش بالخالص فاذا جاء الخلاف فى القراض ففى الشركة أولى على أن صاحب العدة ذكر أن الفتوى أنه تجوز الشركة فيها اذا استمر فى البلد رواجها * واعلم أن ماذكرنا فى المسألة من تجويز الشركة ومنعها نريد فيما اذا أخرج هذا قدرا من ماله وذاك قدرا جعلاهما رأس المال ويمكن فرض الشركة على غير هذا الوجه فى جميع الاموال على ماسيأتي (المسألة الثانية) اذ أخرج رجلان كل واحد منهما قدرا من المال الذى تجوز الشركة فيه فارادا الشركة فلا بد أن يخلطا المالين خلطا لايتأتي معه التمييز والا فلوتلف مال أحدهما قبل التصرف تلف على صاحبه ويقدر اثبات الشركة فى الباقى فلا تجوز الشركة عند اختلاف الجنس ان يكون من أحدهما دراهم والآخر دنانير ولاعند اختلاف الصفة كما اذا اختلفت السكة أو أخرج احدهما صحاحا والآخر مكسرة أو صحاحا متقومة أو أخرج أحدهما دراهم عتيقة أو بيضاء والاخر جديدة أو سوداء وفى البيض والسود وجه عن الاصطخرى واذا جوزنا الشركة فى المثليات وجب تساويهما جنسا ووصفا أيضا فلا تكفى خلطة الحنطة البيضاء بالحمراء لامكان التمييز وان عسر وعن الشيخ أبي على أن الاستاذ أبا اسحق ذكر وجها فى الاكتفاء به لعدالناس مثل ذلك خلطا وينبغى أن يقدم الخلط على العقد والاذن فان تأخر فالاظهر المنع اذ لا اشتراك عند العقد (والثانى) يجوز اذا وقع فى مجلس العقد لأن المجلس كنفس العقد فان تأخر لم يجر على الوجهين ومال الامام رحمه الله الى تجويزه لما سبق أن

(١) بياض بالاصل فحرر

أم لا

أم لا لاخلاف بين الأصحاب في ذلك قال نصر وان قل وكذلك المغشوشة بالمغشوشة لكن التعليل مختلف (فأما) المغشوشة بغش يبقى له قيمة فاختلف الاصحاب في تعليله على وجهين نقلهما الشيخ أبو حامد وآخرون (أحدهما) وهو الصحيح عند الشيخ أبي حامد وغيره أنه بيع فضة وشيء بفضة أو بفضة وشيء فصار كمسألة مدعجوة (والثاني) لأن الفضة هي المقصودة وهي مجهولة غير متميزة فأشبه بيع تراب الصاغة واللبن المشوب بالماء و بنوا على المعنيين شراء تراب الصاغة وتراب المعدن وهذا رأى القفال فيما حكاه الروياني واستضعفوا هذا واستدلوا للاول بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال «من زافت دراهمه فليأت السوق وليشتر بها ثيابا» رواه (١) على أنه قد نقل عن أحمد بن حنبل أنه حمل قوله «زافت» على أنها بقيت ليس انها زيوف جمعا بين ذلك و بين ماروى عن عمر أيضا رضي الله عنه أنه نهى عن بيع نفاية بيت المال حكي ذلك ابن قدامة وهذه هى مسألة المعاملة بالدراهم المغشوشة وقد ذكرها النووى رضى الله عنه فى هذا المجموع في باب زكاة الذهب والفضة وذكر أنه ان كان قدر الغش معلوما جاز قطعا والا فأربعة أوجه (رابعها) إن كان الغش غالبا لم يصح وإلا فيصح وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى واختيار القاضى حسين والصحيح الصحة مطلقا وهو الذى صححه الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب (وأما) المغشوشة بغش لاقيمة له كالزرنيخية فالعلة في منع بيع بعضها ببعض أو بالخالصة الجهل بالمماثلة أو تحقق المفاضلة وإن ابتاع بها ثيابا جاز لأن البيع واقع على الفضة فحسب وهى متميزة عن الزرنيخية ظاهرة عليه فلامنع على العلتين المذكورتين فى القسم الأول وان اشترى بهاذهبا جاز قولا واحدا هكذا قال المحاملي ومقتضى ذلك أنه لايجيء خلاف التعامل بالدراهم

(١) بياض بالاصل محرر

الشركة توكيل وتوكل ولو وجد التوكيل والتوكل والمالكان متميزان ثم فرض الاختلاط لم تنقطع الوكالة نعم لوقيد الأذن بالتصرف فى المال المنفرد فلا بد من تجديد الاذن ولو ورثا عروضا أواشترياها فقد ملكاها شائعة وذلك أبلغ من الخلط بل الخلط انما اكتفى به لافادة الشيوع فاذا انضم اليه الاذن فى التصرف تم العقد ولهذا قال المزنى والاصحاب الحيلة فى الشركة فى العروض المتقومة ان ايبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه تجانس العرضان أو اختلفا ليصير كل واحد منهما مشتركا بينهما فيتقابضان ويأذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف وفى التتمة أنه يصير العرضان مشتركين ويملكان التصرف بحكم الاذن الا أنه لاتثبت أحكام الشركة فى الثمن حتى يستأنفا عقدا وهوناض وقضية اطلاق الجمهور ثبوت الشركة واحكامها على الاطلاق وهو المذهب ولو لم يتبايعا العرضين ولكن باعاها بعرض أو نقد ففى صحة البيع قولان قد مر ذكرهما فى تفريق الصفقة ويعودان باكثر من ذلك الشرح فى الصداق فان صاحب الكتاب ذكر المسألة هناك

المغشوشة ولا وجه لأعادة الكلام فيها مع تقدمها ومما أفاده صاحب التتمة فيها أنه يكره أخذها وإمساكها اذا كان النقد الذى فى أيدى الناس خالصا لأن ذلك يتضمن تغرير الناس قال فلو كان جنس النقد مغشوشا فلا كراهية وأفاد الرويانى أيضا أن الغش لو كان قليلا مستهلكا بحيث لايأخذ حظا من الوزن فلا تأثير له فى إبطال البيع لأن وجوده كعدمه وقد قيل يتعذر طبع الفضة اذا لم يخالطها خالط من جوهر آخر (قلت) وذلك صحيح وقد بلغني أن فى بعض البلاد فى هذا الزمان ضربت الفضة خالصة فتشققت فجعل فيها فى كل ألف درهم مثقال من ذهب فانصلحت لكن مثل هذا اذا بيع درهم مثلا لايظهر فى الميزان مامعه من الغش وأما اذا بيع قدر كبير فيظهر فى ذلك فى الوزن فينبغي البطلان والله أعلم * ورتبوا على هذا الخلاف جواز بيعها بالذهب (إن قلنا) لايجوز شراء الثياب بها فالذهب أولى (وان قلنا) يجوز فهينا بيع الفضة بالذهب صرف و بيع الرصاص والنحاس بالذهب بيع فهو بيع وصرف ولنا فى ذلك قولان (وأما) القسم الثانى وهو ما يكون الغش فيه مستهلكا كالزرنيخية والاندرانية فكذلك لايجوز بيع بعضها ببعض ولا بالخالصة لأنه فضة بفضة مجهولة التساوى أو معلومة التفاضل وان اشترى بها ثيابا جاز بلا خلاف على التعليلين جميعا (أما) على الاول وهو النظر الي قاعدة مد عجوة فلأنه ليس ههنا مع الفضة شئ ينقسط عليه الثمن (وأما) على الثانى وهو أن المقصود مجهول فهينا المقصود ظاهر وهكذا إذا اشترى ذهبا لايجوز لأن الذى مع الفضة لاقيمة له فليس فيه جمع بين بيع وصرف ويجب أن تستثني هذه الصورة من قولنا إن الدراهم المغشوشة لايجوز التعامل بها علي وجه أو فيها خلاف فأن هذه دراهم مغشوشة

فإن صححنا كان الثمن مشتركا بينهما إما على التساوى أو التفاوت بحسب قيمة العرضين فاذن كل واحد منهما للآخر فى التصرف (الثالثة) ظاهر المذهب أنه لايشترط تساوي المالين فى القدر بل تثبت الشركة مع التفاوت على نسبة المالين وعن الانماطى أنه يشترط التساوى لأن الربح يحصل بالمال والعمل وكما لايجوز الاختلاف فى الربح مع تساوى المالين لايجوز الاختلاف فى الربح مع التساوى فى العمل وهل يشترط العلم حالة العقد بمقدار النصيبين بأن يعرف أن المال بينهما نصفان أو على نسبة أخرى فيه الوجهان (أظهرهما) أنه لا يشترط اذا أمكن معرفة من بعد وهو المذكور فى الكتاب ومأخذ الخلاف انه اذا كان بين رجلين مال مشترك وكل واحد منهما جاهل بقدر حصته فاذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فى جميع المال أو فى نصيبه هل يصح الاذن فيه وجهان (أحدهما) لا لأنه لايدرى فيما يأذن والمأذون لايدرى ماذا يستفيد بالاذن (وأظهرهما) نعم لأن الحق لايعدوهما وقد تراضيا وعلى هذا تكون الاثمان بينهما مبهمة كالمثمنات (واما) لفظ الكتاب فقوله

ولاخلاف فى جواز التعامل بها قال القاضى ابو الطيب لايختلف اصحابنا فى جواز شراء السلع بها والله عزوجل أعلم * وكل ماذكرناه فى الفضة يأتي فى الذهب حرفا بحرف إما أن يكون مغشوشا بمغشوش أو خالصا بمغشوش وأقسام الغش وأحكامه لايختلف كذلك صرح الأصحاب بالأحكام والأقسام المذكورة فيهما معا والله أعلم * وهذه فوائد وان كانت زائدة على مايحتاج اليه فى شرح الكتاب فهى متعلقة به تحتاج والله اعلم (المسألة الثالثة) بيع العسل المصفى بالعسل الذى فيه شمع وقد نص الشافعى على ذلك فى الام والمختصر وهذا لفظه فى الام ولا يباع عسل بعسل الا مصفيين من الشمع وذلك أن الشمع غير العسل فلو بيع وزنا وفى أحدهما الشمع كان العسل اقل منه قال وكذلك لو باعه وزنا وفى كل واحد منهما شمع لم يخرجا من أن يكون ما فيهما من العسل ومن وزن الشمع مجهولا لايجوز مجهول بمجهول وقد يدخلها أنهما عسل بعسل متفاضلا وكذلك لو بيعا كيلا بكيل واتفق الاصحاب على هذا الحكم وعللوه بعلتين (إحداهما) ماذكره الشافعى رحمه الله من التفاضل والجهل بالتماثل (والاخرى) أنه كمسألة مد عجوة وقد اختلف الأصحاب فى قوله مصفيين هل المصفيين بالشمس أو بالنار على حسب اختلافهم فى بيع المصفى بالنار بعضه ببعض وسيأتى ذلك فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى وليس الغرض الآن إلا منع بيعها وفيها أو فى أحدهما شمع وسأذكر ان شاء الله تعالى تحقيق القول فى أن العسل مكيل أو موزون عند كلام المصنف فى ذلك فأنه تعرض له قبل آخر الباب بفصلين والله أعلم * وقداشتركت هذه المسائل الثلاث التى فرضها المصنف فى علة واحدة وهى حقيقة المفاضلة كما أشار اليه فى علته ولاشك أن الموزون منها كالفضة والعسل اذا قلنا بأنه موزون وهو الصحيح يؤثر فيه الخالط سواء كان يسيرا أو كثيرا وأما المكيل كالحنطة والعسل اذا قلنا بأنه مكيل كما هو قول أبي اسحق فقد أطلق المصنف أن الخالصة لاتباع بالمشوبة وكذا الشافعى رحمه الله فيما حكيته الآن من لفظه فى الأم والمختصر فى العسل واطلاق القاضى حسين وجماعة يقتضى ذلك وقد عرفت تقييده وان ذلك ليس على اطلاقه وقد عرفت أن مسألة الحنطة المختلطة بالزوان ومسألة العسل منصوصة وماسواها متفق عليه بين الأصحاب والله اعلم * والمسائل الثلاث الأخرى التى هى بيع المشوب بالمشوب مشتركة في علة واحدة وهى الجهل بالمماثلة ان لم يعلم مقدار الغش وقد يعلم وتحقق

واشارة النص الأ أنه لابدو أن يكون نقدا يجوز حمله على ماقدمنا ذكره فى رواية البويطى رحمه الله الا أن الظاهر انه قصد به ماذكره الامام من أن منقول المزنى المنع والمراد منه قوله فى المختصر والذى يشبه مذهب الشافعى رضى الله عنه أن الشركة لاتصح فى العروض ولا فيما يرجع عند المفاضلة الى قيمته وهذا له اشعار بالمنع لكن بعضهم حمل لفظ العروض على المتقومات وعلى هذا الكلام ذهاب الى

المفاضلة أو تجهل المماثلة بالطريق التي تقدم في قاعدة مد عجوة ومسألة الحنطة المختلطة بالزوان بمثلها مشار اليها فى كلام الشافعى المتقدم حيث منع أن تباع بالحنطة بالتبن وهو مقتضى كلام الاصحاب وممن صرح بها الماوردى وصورة ذلك ما اذا كان الخالط كثيرا أما اذا كان يسيرا لايتبين فى المكيال فيجوز صرح به ابن أبى هريرة وقد تقدم التنبيه على ذلك وتأويل مايتوهم مخالفته له ومسألة الحنطة المختلطة بالشعير بمثلها لم أرها منصوصة لكنها متفق عليها بين الأصحاب والنص فى التعليل بالزوان يدل عليها وقد تقدم التنبيه على أن صورة المسألة اذا كان كثيرا كما صرح به القاضى ابو الطيب وغيره أما اذا كان يسيرا لايظهر فى المكيال فلا بأس ومسألة الفضة المغشوشة بالفضة المغشوشة تقدم الكلام عليها وانها مجمع عليها بين الأصحاب وكذلك الذهب المغشوش بالذهب المغشوش والله أعلم * قال القاضى حسين وهكذا دينار نيسابورى بدينار نيسابورى لايجوز لأنه قد قيل انه دخله الغش وقد ذكر الغزالى رحمه الله ذلك فى الوسيط قال امام الحرمين وبيع الذهب الأبريز بالهروى عين الربا قال وبيع الذهب الهروى بالورق باطل فان النقرة فى الهروى مقصوده (قلت) والهروى نقد فيه ذهب وفضة والنيسابورى ذهب خالص *

﴿ فرع ﴾ بيع الذهب الهروى بالذهب الهروى لايجوز لما فيه من الغش قاله القاضى حسين وإمام الحرمين والغزالى وهذ بيع الدراهم المغشوشة بالمغشوشة لايجوز قاله القاضى حسين وقال ابن الرفعة فى بيع الهروى بالهروى ان قياس الوجه الذاهب الى جواز بيع مد ودرهم بمد ودرهم من سكة واحدة ونخلة واحدة أن يجوز بيع الهروى بمثله اذا كان مقدار الفضة والذهب فيه معلوما والنوع واحد والسكة واحدة الا ان يقال الدرهم والمد بالدرهم والمد معلومة من حيث المشاهدة والمقابلة فى الهروى بمثله غير معلومة فأن النار عند الضرب قد تذهب من أحد الجوهرين اكثر مما تذهبه من الآخر فلا يأتى الوجه المذكور وهو الأشبه (قلت) وجزم الأصحاب بجواز بيع الفضة المضروبة بمثلها يدل

جواز الشركة فى المثليات لأنه يرجع عند المفاضلة الى مثله لاالى القيمة (وقوله) والاقيس أنه يجوز فى كل مال مشترك أى عروض كانت أو غيرها وأراد بالمشترك مايثبت فيه الحقان على الشيوع وذلك تارة يثبت ابتداء كما فى الموروث وتارة بالخلط الدافع للتمييز لايجابه الشيوع ولو كان لهما ثوبان والتبسا عليهما لم يكف ذلك لعقد الشركة فان المالين متميزان وإنما أبهم الامر بينهما (وقوله) فلو تراخا فيه خلاف والاشبه أنه لم يرد به الوجهين فيما اذا وقع الخلط فى المجلس وانما أراد اقامة وجهين مما ذكره المعظم ومال اليه الامام رحمه الله لانه لم يتعرض للمجلس ههنا ولا فى لوسيط ولا له ذكر فى النهاية *

على أنه لا أثر لتأثير النار فيها واذا كان كذلك فلا أثر لهذا الاحتمال وحينئذ يتعين أن يأتي الوجه المذكور وينبغي أن يحرر هل النار تأخذ من جوهر الذهب والفضة شيئا عند الضرب أم تخلصها فقط فان كانت تأخذ فالأمر كما قال والا فلا ومسألة العسل الذي فيه شمع بالعسل الذي فيه شمع منصوص عليها في كلام الشافعي كما تقدم الأصحاب متفقون على أنه لا يباع شهد بشهد وقد ذكر الأصحاب الشيخ أبو حامد و القاضي أبو الطيب والماوردي وسائر الاصحاب سؤالا وجوابا فقالوا (ان قيل) أليس يجوز بيع التمر بالتمر وفيهما النوى وهكذا اللحم باللحم الطري إن جوزناه واللقديد بالقديد كما قاله أبو الطيب وابن الصباغ وفيهما العظم (قيل) الفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن بقاء النوى في التمر من صلاح التمر لأنه اذا نزع منه النوى لا يدوم بقاؤه كما وفيه النوى وهذا الفرق جواب عن النوى والعظم معا والاول إنما يظهر في النوى وأما العظم فزعم القاضي أبو الطيب وابن الصباغ أنه من مصلحة اللحم وفي ذلك نزاع فالجواب الثاني كاف فيه وقد قال أبو الطيب في مكان آخر ان بقاء العظم في اللحم مفسدة وليس كذلك الشمع لأنه ليس من مصلحة العسل (والثاني) أن النوى والعظام غير مقصودين ولا قيمة لهما في الغالب ولهذا يرمى بهما فلم يجعل كأنه باع تمرا وشيئا آخر بتمر وشيء آخر له قيمة فاذا بيع مع العسل كان ربا أو لحما وشيئا آخر بلحم و بهذين المعنيين فرقنا بين الجوز واللوز في قشريهما و بين العسل وذكر الامام أيضا فرقا بين الشهد واللبن حيث جوزوا بيع اللبن باللبن وان كان مشتملا على السمن والمخيض بأن الشمع غير مخامر للعسل في أصله فان النحل ينسج البيوت من الشمع المحض ثم يلقي في خلاله العسل المحض فالعسل متميز في الاصل ثم ينتشر العسل يخالطه بالشمع بعض الخلط بالتعاطي والضغط وليس اللبن كذلك والله أعلم *

(فرع) قال أصحابنا العراقيون ومن تابعهم اذا جوزنا الشركة في المثليات فان استوت القيمتان كانا شريكين على السواء وان اختلفا كما إذا كان لاحدهما كرحنطة قيمته مائة والآخر قيمته خمسون فهما شريكان الثلثين والثلث وهذا مبني على قطع النظر في المثليات عن تساوي الاجزاء في القيمة والا فليس هذا الكر مثلا فذلك الكر والكلام في المثليات مستوفى في الغصب *

(فرع) لاحدهما دنانير ولآخر دراهم وابتاعا شيئا بهما يقوم ماليس بنقد البلد منهما بما هو نقد البلد فان استويا في القيمة فالشركة على التساوي والا فعلى الاختلاف *

قال (ولا تصح شركة الابدان (م ح) وهي شركة الدلالين والحمالين اذ كل واحد متميز بملك منفعته فاختص بملك بدلها * ولا شركة المفاوضة (ح م) وهي أن يشتركا فيما يكتسبان من مال و يلتزمان من غرم بغصب أو بيع فاسد اذ كل من اختص بسبب اختص بحكمه غرما وغنما *

﴿ فرع ﴾ بيع الشمع بالعسل المصفي وغير المصفى جائز لأن الشمع ليس من أموال الربا قاله القاضي حسين وغيره والله أعلم * (ومسألة) الطعام المختلط بالتراب القليل منصوص عليها فى كلام الشافعي كما تقدم وأطبق الأصحاب على ذلك والمراد به إذا كان التراب بحيث يظهر على المكيال فلا يمنع تماثل القدر فأما إذا كان بحيث لو ميز ظهر نقصانه على المكيال فالبيع باطل سواء كان فيهما أو فى أحدهما كما صرح به الأمام ووالده الشيخ أبو محمد والغزالي للتفاضل أو الجهل بالتماثل وعلة البطلان ههنا إما المفاضلة أو الجهل بالمماثلة خاصة ولا تعلق لذلك بقاعدة مد عجوة لأن التراب غير مقصود قال الأمام ولو كان التراب منبسطاً على صبرة انبساطاً واحداً على تناسب فبيع صاع منها بصاع فالمماثلة محققة ولكن هذا غير موثوق به فان التراب لا يبسط على تناسب واحد فانه ينسل من خلال الحبات يطلب السفل ولذلك يكثر التراب فى أسفل الصبرة قال الأمام ومن تمام البيان فى ذلك النقصان فان كان ما اشتمل عليه العقد بحيث لو ميز التراب منه لم يبن النقص ان صح العقد وان ورد العقد على مقدار لو جمع ترابه لملأ صاعا أو أصعاء فالبيع باطل فان استبعد من لم يحط بأصل الباب تجويز البيع فى القليل ومنعه فى الكثير لم يبال به والله أعلم * ومثل التراب المختلط بالحنطة دقاق التبن كما قاله الشافعي رحمه الله والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهم ولا فرق فى ذلك إذا كان التراب لا يؤثر فى المكيال بين بيع بعضه ببعض و بين بيعه بالخالص عنه بينهما لأن المدرك كونه غير مؤثر فى الكيل ولا مانع من المماثلة وذلك شامل للقسمين والله أعلم * ومسألة الموزون المختلط بقليل من التراب منصوص عليها أيضاً كما تقدم وممن صرح بها من الأصحاب ابن أبي هريرة وابن داود وأبو حامد وأبو الطيب والمحاملي والماوردي والقاضي حسين وجميع المتقدمين والمتأخرين ولم يفصل أحد منهم فى ذلك الا ما حكاه صاحب الاستقصاء عن صاحب الأفصاح أنه

ولا شركة الوجوه (ح) وهي أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه * بل كل الثمن لمالك المثمن * وله أجر المثل ﴾ *

غرض الفصل الكلام فيما سوى شركة العنان من الشرك وهى ثلاثة (أحدها) شركة الابدان وهى أن يشترك الدلالان أو الحمالان أو غيرهما من المحترفة على مايكتسبان ليكون بينهما على تساو أو تفاوت وهى باطلة سواء اتفقا فى الصنعة أو اختلفا كالخياط والنجار لان كل واحد منهما مميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده وهكذا لو اشتركا فى ماشيتهما وهي متميزة ليكون الدر والنسل بينهما فانه لايصح وعند أبي حنيفة يصح اتفقت الصنعتان أو اختلفتا وعن صاحب التقريب أن لبعض الاصحاب وجها كمذهبه وقال مالك رحمه الله تصح بشرط اتحاد الصنعة وسلم أبو حنيفة

قال الا أن يكون الميزان كبيراً لا يؤثر فيه القراريط والدوانيق فهذا كالكيل وهذا التفصيل حسن فانه اذا فرض أنه خالطه مالا يظهر فى الوزن كان كمالا يظهر فى الكيل ألا ترى أن موازين الذهب والفضة يظهر فيها الشيء اليسير الذى قد لا يظهر فى ميزان الأرطال وميزان الأرطال يظهر فيها مالا يظهر فى القبان ولعل الأصحاب انما أطلقوا ذلك اعتباراً بغالب الموازين ولا فرق فى الموزون بين أن يكون نقداً كالدراهم والدنانير أو مطعوما كحب الرمان والسكر وشبهه قال الرويانى ولو باع الزعفران بالزعفران وزنا وفى احدى الكفتين يسير تراب لايجوز البيع والله أعلم *

﴿ فصل ﴾ المعجونات والمخلوطات بعضها ببعض حكمه حكم هذه المسائل فى البطلان ذكره الامام والغزالى *

﴿ فرع ﴾ ذكره الماوردى وغيره العلس بالعلس لا يجوز الا بعد اخراجه من قشرته لجواز أن يكون قشر أحدهما أكثر من قشر الآخر وكذلك بيعه بالحنطة لا يجوز قبل تقشره لأنه صنف منها ولكن يجوز بيعه بالشعير لأنهما جنسان فأما بيع الأرز بالأرز قبل اخراجه من القشرة العليا لا يجوز كالعلس و بعد اخراجه من القشرة العليا وقبل اخراجه من الثانية الحمراء كان بعض أصحابنا يمنع من بيعه فيها بمثله و يجعل النصاب فيها عشرة أوسق كالعلس وذهب سائر أصحابنا الى أن

ومالك أنه لاتجوز الشركة فى الاصطياد والاحتطاب وأحمد جوزهما أيضا واذاقلنا بظاهر المذهب وهو البطلان فاذا اكتسبا شيئاً نظر إن انفرد عمل أحدهما عن الآخر فلكل واحد منهما كسبه وإلا فالحاصل مقسوم بينهما علي قدر أجرة المثل لا كما شرطا (الثانية) شركة المفاوضة وهي أن يشتركا ليكون بينهما مايكتسبان ويربحان ويلزمان من غرم ويحصل لهما من غنم وهى باطلة خلافا لأبي حنيفة رحمه الله حيث قال تصح بشرط أن يستعملا لفظ المفاوضة فيقولا تفاوضنا أو اشتركنا شركة المفاوضة و إن استويا فى الدين والحرفة فلو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا أو أحدهما حرا والاخر مكاتبا لم يصح و إن استويا فى قدر رأس المال وأن لا يملك واحد منهما من جنس رأس المال الا ذلك القدر ثم حكمها عنده أن مااشتراه أحدهما يقع مشتركا إلا ثلاثة أشياء قوت يومه وثياب بدنه وجارية يتسرى بها واذا ثبت لأحدهما شفعة شارك صاحبه وما ملكه أحدهما بارث أوهبة لايشاركه الآخر فيه فان كان فيه شيء من جنس رأس المال فسدت شركة المفاوضة وانقلبت الى شركة العنان وما لزم احدهما بغصب أوبيع فاسد أواتلاف كان مشتركا الا الجناية على الحر وكذا بدل الخلع والصداق اذا لزم أحدهما لم يؤاخذ به الآخر ووجه المذهب فى المسألة ظاهر قال الشافعى رضى الله عنه فى اختلاف العراقيين ولا أعرف شيئا فى الدنيا يكون باطلا ان لم تكن شركة المفاوضة باطلة يعني لما فيها من أنواع الغرر والجهالة الكثيرة *

هذه القشرة الحمراء الملاصقة به تجرى مجري أجزاء الأرز لانه قد يطحن معها و يؤكل أيضا معها وانما يخرج منها تناهيا في استطابته كما يخرج ما لصق بالحنطة من النخالة ونصابه فى الزكاة خمسة أوسق كالحنطة مع قشرتها الحمراء والله أعلم * قال الروياني والقول الثاني هو الصحيح عندى ولا يحتمل الوجه الآخر قال والصحيح أنه يجوز بيع الارز بالارز فى قشرته العليا أيضا لأنه من صلاحه ويدخر معه وكذلك الباقلا بالباقلا فى قشره يجوز وهو المذهب (قلت) أما قشره الاسفل فتصحيح الجواز فيه ظاهر وأما الاعلي فلا يمكن للجهل بالمماثلة وعدم امكان كيله وان كان رطبا فيزداد امتناعا و بيع الارز بعد تنحية القشرة السفلى جائز ولا يبطل ادخاره بتنحيتها قال ابن الرفعة وجواز بيعه بغيره قبل زوال القشرة العليا يكون كبيع الحنطة فى سنبلها لانه مستور بما ليس بصائن له عن الفساد وهذه طريقة أبى حامد المحكية عن النص (وقيل) كالشعير يباع فى سنبله * واعلم أن الارز يكون أولا فى قشرته فتزال عنه القشرة العليا ثم ينضح بالملح فيزال عنه القشر الآخر وهو أحمر دقيق و يدخر بعد ازالتها فيجوز بيع بعضه ببعض اذا خلا عن ملح له تأثير فى الكيل كما هو الغالب فلو فرض فيه ملح له أثر فى المكيال امتنع والله أعلم * ﴿ تنبيه ﴾ قول الشافعى رضى الله عنه المتقدم فى الام كل صنف من هذه خلط بغيره مما يقدر على تمييزه لم يجز بيع بعضه ببعض الى آخره يفهم أنه اذا كان مما لا يقدر على تمييزه يجوز بيع بعضه ببعض وان اثر في المكيال ولا خلاف فى أن الخليط المؤثر فى المكيال عند اتحاد الجنس مانع سواء قصد أم لا فالظاهر أن الشافعى رضى الله عنه أشار بذلك الى ما يكون متصلا بالمأكول لا يمكن فصله كنوي التمر وقشر الجوز واللوز وما أشبه ذلك والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو استعملا لفظ المفاوضة وأرادا شركة العنان جاز نص عليه وهذا يقرب تصحيح العقود بالكنايات (الثالثة) شركة الوجوه وقد فسرت بمعان (أشهرها) أن صورتها أن يشترك رجلان وجيهان عند الناس ليبتاعا فى الذمة الى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما فيبتاعه ويؤديا الأثمان فما حصل فهو بينهما (والثانى) أن يبتاع وجيه فى الذمة و يفوض بيعه الى خامل وشرط أن يكون الربح بينهما (والثالث) أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل و يكون المال فى يده ولا يسلمه الى الوجيه والربح بينهما وهذا تفسير القاضى ابن كج والامام و يقرب منه ماذكره صاحب الكتاب وهو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له وهي على المعاني باطلة اذ ليس بينهما مال مشترك يرجع اليه عند المفاصلة ثم ما نشتريه أحدهما فى الصورة الاولى والثانية فهو له يختص به و ربحه وخسرانه ولا يشاركه فيه الاخر الا اذا كان قد صرح بالاذن فى الشراء بما هو شرط التوكيل فى الشراء وقصد المشترى توكيله وعند

فصل

﴿ فصل ﴾ في أحاديث مرسلة تحتمل أن تكون من هذا الباب * روي أبو داود فى كتاب المراسيل عن عبد الاعلى بن عبد الاعلى عن برد عن سليمان عن موسى قال « مر رسول الله ﷺ على رجل يبيع طعاما مغلوثا فيه شعير فقال اعزل هذا من هذا وهذا من هذا ثم بع ذا كيف شئت فأنه ليس فى ديننا غش » وعن مكحول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « مر على رجل يبيع الحنطة يخلط الجيد بالردىء فنهاه وقال ميز كل واحد على حدة » المغلوث والغليث هو الطعام المخلوط بالشعير أو الذرة وعم به بعضهم ويقال أيضاً المغلوث والغليث الطعام الذى فيه المدر والزوان قال ذلك ابن سيده فى محكمه (وأما) القسم الثانى وهو ما اذا خالط المبيع قليل تراب وكذلك دقاق التبن كما قال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فأما أن يكون المبيع مكيلا أو موزونا فأن كان مكيلا لم يضر لأن التراب لايظهر فى الكيل لتخلله فى شقوق الطعام فلا يمنع التماثل وان كان موزونا لم يجز لظهور أثره فى الميزان ومنعه من التماثل وذلك واضح *

﴿ فرع ﴾ لو تصارفا دينارا محموديا بدينار محمودى لم يجز لما فيه من الفضة ولو تصارفا دينارا محموديا بفضة جاز على الأصح وان كان فيه فضة والفرق فى أن بيع الدينار بالدينار المقصود هو الذهب والمماثلة شرط وما فيهما من الفضة يفوت العلم بها وفى بيع الدينار بالدرهم المقصود من أحد الجانبين الذهب ومن الآخر الفضة والمماثلة ليست بشرط فى بيع الذهب بالفضة والفضة التي فى الدينار قليلة غير مقصودة فلا يعبأ بها قاله الخوارزمى فى الكافى وهو ظاهر من القواعد التى قدمناها *

﴿ فرع ﴾ قال الشيخ ابو محمد فى الجمع والفرق أنه اذا باع الدينار المروى بالمروى فهو باطل كما تقدم وإذا باعه بدرهم أو بدراهم فالبيع جائز وان كان فى كل جانب فضة مجهولة أو متفاضلة قال والفرق أن الدينار اذا صار مقابلا بالدينار فالذهب هو المقصود في كل جانب ومماثلة الذهب مجهولة بسبب مخالطة الفضة أما اذا قوبل الدينار بالدرهم فالمقصود مقابلة الذهب الذى فى الدينار بالفضة وهما

أبى حنيفة رحمه الله يقع المشترى مشتركا بمجرد الشركة وان لم يوجد قصد من المشتري ولا اذن من صاحبه (وأما) الصورة الثالثة فهى ليست بشركة فى الحقيقة وانما هى قراض فاسد لاستبداد المالك باليد فان لم يكن المال نقدا زاد الفساد وجها آخر وأما ماأورده فى الكتاب فحاصله الاذن فى البيع بعوض فاسد فيصح البيع من المأذون ويكون له أجرة المثل وجميع الثمن للمالك واعلم أنه انما عقب أركان شركة العنان بذكر أنواع الشركة الفاسدة لأنه قد تبين فى خلال الاركان اشتراط شيوع رأس المال وارتفاع التمييز فأراد الاشارة الى فساد هذه الأنواع لاختلال هذا الشرط وتميز ماهو رأس المال فيها أو ماهو فى شبه رأس المال ويتعلق بهذه القاعدة صور أخر منصوصة فى البويطى (منها)

جنسان ولا يعبأ بالفضة اليسيرة المختلطة بالدينار ومثله بيع الحنطة بالشعير وفيه حبات حنطة وهذا يلتبث على ما تقدم أنه اذا لم يكن الخليط مقصودا لايضر وان أثر في المعيار اذا كان بغير الجنس *

(فرع) قال ابن داود شارح مختصر المزني قول الشافعي في العسل «وكذلك او بيع كيلا» قال فيه كالدليل على أنه يجوز كيلا تارة ووزنا أخرى وهذا غريب قل مايوجد له نظير (قلت) ولعل الشافعي إنما قال ذلك لتردده هل هو مكيل او موزون على مادل عليه قوله الذي حكيناه فيما تقدم عند قول المصنف وان كان مما لاأصل له بالحجاز *

(فرع) تقييد الشافعي فيما تقدم من كلامه التراب بالدقيق لأن الغالب أنه هو الذي لايؤثر في الكيل لدخوله بين الحبات وهو يفيد أن الطين المخالط للقمح في العادة يمنع المماثلة وذلك قل أن يخلو عنه الطعام وكذلك اذا كان كثيرا أما المدر اليسير الذي لو فصل لم يظهر على الكيل فهو كالتراب *

(فرع) لو اجتمع في الحنطة شعير يسير لايؤثر في الكيل وتراب قليل كذلك ويسير من التبن والقصل كذلك ولكن مجموعه يؤثر في الكيل كما هو العادة في الغلث فأنه اذ غربل ينتقص في الكيل حسا فلا شك أن ذاك يؤثر فلا يجوز بيعه بالمغربل وأما بيعه بمثله من الغلث فقتضى المذهب أنه لايجوز أيضاً *

(فرع) العسل اذا قلنا بأنه مكيل كما هو قول ابي اسحق وكان فيه شمع يسير يظهر أثره على المكيال هل يسامح به ينبغي أن يكون حكمه حكم الحنطة المختلطة بشعير يسير *

(فرع) هذه الأشياء التبن والقصل والمدر والحصا والزوان والشعير يجب على المسلم اليه في الحنطة أن يسلمها نقية عن هذه الأشياء نص عليه الشافعي رضى الله عنه في باب السلف في الحنطة من الأم وسيأتي في السلم ان شاء الله تعالى *

لواحد بغلة ولآخر راوية تشاركا مع ثالث ليستقي الثالث الماء ويكون الحاصل بينهم فهو فاسد لانها منافع أبدان متميزة فلو جروا عليه وأسقى الثالث الماء فلمن يكون الماء نقل صاحب التلخيص وآخرون فيه اختلاف قول ولم يحمد المعظم تلك الطريقة وانما ارتضوا تفصيلا ذكره ابن سريج وهو ان كان الماء مملوكا للمستقي أو مباحا لكنه قصد به نفسه فهو له وعليه لكل واحد من صاحبيه أجرة المثل أيضا وان قصد به الشركة فهو على الخلاف في جواز النيابة في تملك المباحات وسنذكره في الوكالة فان لم نجوز فهو للمستقي وعليه أجرة المثل لصاحبه أيضا وان جوزنا وهو الاصح فالماء بينهم وفي كيفية الشركة وجهان (أحدهما) أنه يقسم بينهم على نسبة أجور أمثالهم لانه حصل بالمنافع المختلفة وهذا

(فرع) يجوز بيع الجوز بالجوز واللوز باللوز ولا بأس بما عليهما من القشر لأن الصلاح يتعلق به *

(فصل) فى التنبيه على الفاظ الكتاب الخالص « » والمشوب - بفتح الميم وضم الشين - ما خالطه غيره « » والزوان هو حب أسود وصغار قال الشيخ ابو حامد وغيره وآخرون حاد الطرفين غليظ الوسط وقال ابن باطيش يشبه الرازيانج من الطعم يفسد الخبز وقال الروياني هو الذى يسكر أكله وفيه ثلاث لغات حكاها القلعى وابن باطيش زوان - بضم الزاى والهمز - قال القاضى وهى أفصحها وزوان - بالضم من غير همز - وزوان قال الازهرى قال أبو عبيد عن الفراء يقال فى الطعام قصل وزوان ومزمرا ورعيا وعفا منقوص وكل هذا مما يخرج منه فيرمى به والشمع قال ابن فارس والشمع معروف وقد تفتح ميمه والفضة « » والقصل قال ابن داود وهو ساق الزرع وقال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والقاضى حسين وخلائق لا يحصون هو عقد التبن الذى يبقى فى الطعام بعد تنقيته والشيلم واحد طرفيه دقيق أصغر من الزوان * (٣٢٦١) بياض بالاصل فحرر

* قال المصنف رحمه الله *

(ولا يباع رطبه بيابسه على الارض لما روى سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه « أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال أينقص الرطب اذا يبس؟ فقالوا نعم فقال لا اذا» فنهى عن بيع الرطب بالتمر وجعل العلة فيه أنه ينقص عن يابسه فدل على أن كل رطب لا يجوز بيع رطبه بيابسه) *

(الشرح) حديث سعد هذا أصل عظيم يجب الاعتناء به وقد رواه أبو داود والترمذي وقال حسن صحيح والنسائى وابن ماجه والأئمة مالك فى الموطأ والشافعى فى الأم والأملاء وغيرهما وعبد الله بن وهب واحمد بن حنبل وأبو داود الطيالسى وأبو بكر بن أبى شيبة وأبو جعفر احمد بن منيع وجمعتهم في مسانيدهم وأبو محمد بن الجارود فى المنتقى والحاكم أبو عبد الله بن التبع فى المستدرك من

ماأورده الشيخ أبو حامد ويحكى عن نصه فى البويطى (وأصحهما) عند الشيخ أبى علي ولم يورد القفال غيره انه يقسم بينهم بالسوية اتباعا لقصده فعلى هذا للمستقى أن يطالب كل واحد من صاحبيه بثلث أجرة منفعته لأنه لم ينصرف منها اليه الا الثلث وكذلك يرجع كل واحد من صاحبي البغلة والراوية على كل واحد من الاخير والمستقى بثلث أجرة منفعة ملكه وعلى الوجه الاول لاتراجع بينهم فى الاجرة ولو استأجر رجل راويته من صاحبها والبغلة من صاحبها والمستقى يحمل الماء وهو مباح نظر انا نفرد كل واحد بعقد صح والماء للمستأجر وان جمع بين الكل فى عقد واحد ففى صحة الاجارة قولان كما لو اشترى عرضا لرجل وعرضا لآخر منهما بثمن واحد ان صححنا وزعت الاجرة المسماة على أجور

طرق وقال هذا حديث صحيح لاجماع أئمة النقل على إمامة مالك رحمه الله وأنه محكم فى كل مايرويه من الحديث إذ لم يوجد فى رواياته إلا الصحيح خصوصاً فى حديث أهل المدينة ثم لمتابعة هؤلاء الأئمة إياه فى روايته عن عبد الله بن يزيد والشيخان لم يخرجاه لما خشياه من جهالة زيد بن أبى عياش وأخرجه الدار قطني أيضا فى سننه والبيهقى فى كتبه الثلاثة السنن الكبير والسنن الصغير ومعرفة السنن والآثار وعن ابن خزيمة أنه أخرجه فى مختصر المختصر فطرقه كلها فى جميع هذه الكتب ترجع الى زيد بن أبى عياش ـ بالياء المثناة من تحت والشين المعجمة ـ مولى بنى زهرة هكذا فى كثير من روايات الحديث وهو قول أكثرهم ويقال فيه مولى بنى مخزوم وقيل غير ذلك قال ابن عبد البر ولا يصح شيء من ذلك قال الدار قطنى ثقة ورواه أبو داود من حديث يحيى بن أبى كثير روى هذا الحديث عن عبد الله بن عياش عن سعد قال ابن عبد البر ويقولون ان عبد الله ابن عياش هذا هو أبو عياش الذى قاله مالك وان يحيى بن أبى كثير أخطأ فى اسمه بلا شك وفى موضع آخر شك فيه وأما عبد الله بن يزيد الراوى عنه فالأكثرون رووه عن مالك هكذا من غير زيادة فظن بعض الناس لذلك أنه ابن هرمز القارىء الفقيه المشهور وقال ابن عبد البر ليس كما ظن هذا القائل ولم يرو مالك عن أبى هرمز فى موطئه حديثا مسندا وهذا الحديث لعبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفين محفوظ وقد نسبه جماعة عن مالك منهم الشافعى وأبو مصعب (قلت) وأبو قرة وهذا الذى قاله ابن عبد البر هو الصواب وخلافه خطأ لتضافر الروايات عن مالك وغيره بأنه مولى الأسود بن سفين مثبتا قال يحيي بن معين ثقة وقال البخارى قال أبو أويس مولى الأسود ابن عبد الأسد المخزومي وقال غير البخارى ويقال مولى تيم وعبد الله بن يزيد بن هرمز الذى توهم بعض الناس أنه هو ثقة أيضاً ورواه عن عبد الله بن يزيد مالك بن أنس واسماعيل بن أمية والضحاك ابن عثمان وأسامة بن زيد اتفق هؤلاء الأربعة عنه على ذلك وخالفهم يحيي بن أبى كثير وقال فيه «نهى

الأمثال والا فلكل واحد أجرة المثل عليه ويكون الماء للمستأجر صححنا الاجارة أو أفسدناها (أما) اذا صححناها فظاهر (وأما) اذا أفسدناها فلأن منافعهم مضمونة بأجرة المثل ذكره الامام فان نوى المستقى نفسه وفرعنا على فساد الاجارة فعن الشيخ أبى على أنها تكون للمستأجر أيضا وتوقف الامام فيه لأن منفعته غير مستحقة للمستأجرين وقد قصد نفسه فليكن الحاصل له وموضع القولين ما اذا وردت الاجارة على عين المستقي والبغلة والراوية فأما اذا ألزم ذمتهم نقل الماء صحت الاجارة لامحالة اذ ليست ههنا اعيان مختلفة يفرض جهالة فى أجورها وانما على كل واحد منهم ثلث العمل (ومنها) لواشترك أربعة لأحدهم بيت ولآخر حجر رحا ولآخر بغلة تديره والرابع يعمل فى الرحا على

رسول الله ﷺ عن بيع الرطب بالتمر نسيئة» رواه أبو داود أيضاً كما أشرت اليه قال الدارقطني واجماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه يحيى يدل على ضبطهم للحديث وفيهم امام حافظ وهو مالك بن أنس رحمه الله وهذا الذى قاله الدار قطني حجة على تصويب رواية مالك ومن تابعه ويحتمل على طريقة الفقهاء أن يحكم بصحتهما جميعاً لثقة روايتهما وتكونان واقعتين مرة نهى عنه نسيئة ومرة نهى عنه مطلقاً وأن بعض الرواة زاد ما أسقطه الآخر ولا تنافى الا من جهة المفهوم والمنطوق مقدم عليه لكن النظر الحديثي ههنا أقوى والظاهر مع من أسقط لفظة النسيئة وقد تابع عبد الله بن يزيد على روايته عمران بن أبي أنس وليس فيه زيادة لفظ النسيئة كذلك قال البيهقى ورواه من طريق الربيع بن وهب لكني رأيت في مسند ابن وهب عن عمرو بن الحرث أن بكر ابن عبد الله حدثه عن عمران بن أبي أنس حدثه « أن مولى لبني مخزوم حدثه أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن الرجل يسلفه الرجل الرطب بتمر الى أجل فقال سعد نهانا رسول الله ﷺ عن هذا »وهذا شاهد جيد لرواية يحيى بن أبى كثير فان ثبت فيحمل على أنهما حديثان كما قد نبهت عليه قريبا فلا ينافى ذلك و يحتمل أن يكون سئل عنه نسيئة فنهى عنه وسئل مرة أخرى عنه مطلقا فنهى عنه وان لم يكونا حديثين فالحكم باسقاط الزيادة متعين قال البيهقى الخبر مصرح بان المنع انما كان لنقصان الرطب فى المتعقب وحصول الفضل بينهما بذلك وهذا المعنى يمنع أن يكون النهى لاجل النسيئة فلذلك لم تقبل هذه الزيادة ممن خالف الجماعة بروايتها في هذا الحديث ولذلك قال الشيخ أبو حامد قال لأن علة النسأ عندنا الطعم وعندهم الجنس (أما) النقصان فلا والله أعلم * وقد وردت أحاديث حسنة وصحيحة وغير ذلك تشهد برواية هذا الحديث وان المنع مطلق (منها) عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « لاتبايعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ولا تبايعوا الثمر بالتمر » رواه مسلم وعن ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال « لاتبيعوا الثمر بالتمر » متفق عليه وعنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر

أن الحاصل من أجرة الطحن بينهم فهو فاسد ثم إن استأجر مالك الحنطة العامل والآلات من مالكها وأفرد كل واحد بعقد لزمه ماسمى لكل واحد منهم وان جمع بين الكل فى عقد واحد فان ألزم ذمتهم الطحن صح العقد وكانت الأجرة بينهم أرباعا يتراجعون بأجرة المثل لأن المنفعة المملوكة لكل واحد منهم قد استوفى ربعها حيث أخذ ربع المسمى وانصرف ثلاثة أرباعها الى أصحابه فيأخذ منهم ثلاثة أرباع أجرة المثل وان استأجر عين العامل وأعيان الآلات ففيه القولان المذكوران فى أن الصورة السابقة إن أفسدنا الاجارة فلكل واحد أجرة مثله وان صححناها وزع المسمى عليهم ويكون التراجع بينهم على ماسبق وان ألزم المالك للحنطة ذمة العامل الطحن لزمه وعليه اذا استعمل

بالتمر كيلا » متفق عيه وعنه قال « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الرطب بالتمر الجاف » رواه ابن وهب فى سنده بسند ضعيف ورواه الدارقطني بسند آخر ضعيف أيضا وعنه قال « نهى رسول الله ﷺ عن الرطب باليابس » رواه الدارقطني بسند فيه موسى بن عبيدة وهو ضعيف وروي أيضا عن بعض أصحاب النبي ﷺ أن النبي ﷺ سئل عن رطب بتمر فقال «أينقص الرطب فقالوا نعم فقال لايباع الرطب باليابس » لكن فى سنده أسامة بن زيد وهو ضعيف وروى البيهقي أيضا من طريق ابن وهب من حديث يحيى بن سعيد الانصاري عن عبد الله بن أبي أسامة أن رسول الله ﷺ سئل عن رطب بيابس فقال البيهقي وهذا مرسل جيد شاهد لما تقدم (قلت) وسيأتي ان شاء الله تعالى فى الفصل الذى يلي هذا عند كلام المصنف فى المزابنة حديث فى معجم الطبراني بسند صحيح لفظه « رخص فى بيع العرايا بخرصها من التمر اليابس» فيمكن أن يجعل شاهدا لما تقدم فانه يقتضي سبق التحريم لكن للخصم أن يقول أنا أسلم سبق التحريم فى الرطب على رؤوس النخل بالتمر وهو الذى وردت فيه الرخصة وقال عبد الحق فى الاحكام بعد أن ذكر حديث أبي عياش هذا اختلف فى صحة هذا الحديث ويقال ان زيدا أبا عياش مجهول (قلت) والظاهر أن عبد الحق اخذ ذلك من ابن حزم فانه قال انه لايصح لجهالة أبي عياش ولذلك قبله ابن المفلس الظاهرى وسبقهما الى ذلك أبو جعفر الطحاوى فقال ان أباعياش لايعرف وذكر الاختلاف الذى وقع فى الحديث ثم قال فبان بحمد الله ونعمته فساد هذا الحديث، فى اسناده ومتنه وأنه لاحجة فيه على من خالفه من أبي حنيفة ومن تابعه اه ومدار تضعيف من ضعفه على جهالة أبي عياش وأول من رده بذلك أبو حنيفة رحمه الله هو قال مجهول لا

مالأصحابه أجرة المثل لهم إلا أن يستأجرها بعقد صحيح فعليه للمسمى (ومنها). لواحد البذر ولآخر آلة الحرث ولآخر الأرض واشتركوا مع رابع ليعمل ويكون الزرع بينهم فالزرع لصاحب البذر وعليه لأصحابه أجرة المثل قال فى التتمة فلو أصاب الزرع آفة ولم يحصل من الغلة شيء فلا شيء لهم لانهم لم يحصلوا له شيئاً ولا يخفى عدول هذا الكلام عن القياس الظاهر *

قال ﴿ وحكم الشركة تسليط كل واحد على التصرف بشرط الغبطة مع الجواز حتى يقدر كل واحد على العزل * وتنفسخ بالجنون والموت ﴾*

هذا أول القول فى أحكام الشركة والفصل ينظم حكمين (أحدهما) أن الشركة بالمعني المعقود لهذا الباب إذا تمت ووجد الاذن من الطرفين تسلط كل واحد من الشريكين على التصرف وسبيل تصرف الشريك كسبيل تصرف الوكيل فلا يبيع نسيئة ولا بغير نقد البلد ولا يبيع ولا يشترى بالغبن الفاحش إلا اذا اذن الشريك فان خالف وباع بالغبن الفاحش لم يصح فى نصيب الشريك

سئل عن هذه المسألة عند دخوله بغداد وعلى أنه يتضمن مالا يمكن نسبته الى النبي ﷺ من الاستفهام عمالايخفى فاما تضعيفه بسبب جهالة أبي عياش فقد قال الدارقطني فيما نقل التر بشتى عنه أنه ثقة فتثبت بذلك عدالته ولا يضره قول من لايعرفه انه مجهول فان ذلك ليس بتخريج (وأما) التضعيف بسبب ماتضمنه من الاستفهام فضعيف جدا وسيأتي الجواب عنه ولم أعلم أحدا من أئمة الحديث ضعف هذا الحديث ولا تكلم في أبي عياش هذا قال الامام أبو سليمان قد تكلم بعض الناس في اسناد حديث سعد بن أبي وقاص وقال زيد ابو عياش رواية ضعيفة ومثل هذا الحديث على أصل الشافعي لايجوز أن يحتج به قال الخطابي وليس الأمر على ماتوهمه وأبو عياش هذا مولى لبني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ وهو لايروى عن رجل متروك الحديث بوجه وهذا من شأن مالك وعادته معلومة هذا آخر كلامه قال الحافظ أبو محمد عبد العظيم المنذرى وقد حكى عن بعضهم أنه قال زيد أبوعياش مجهول وكيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله ابن يزيد وعمران بن أبي أنس وهما ممن احتج به مسلم في صحيحه وقد عرفه أئمة هذا الشأن هذا الامام مالك رضى الله عنه وقد أخرج حديثه في موطئه مع شدة تحريه في الرجال ونقده وتتبعه لأحوالهم والترمذى قد أخرج حديثه وصححه كما ذكرنا وصحح حديثه الحاكم أبو عبد الله النيسابورى وقد ذكره مسلم بن الحجاج في كتاب الكني وذكر انه سمع من سعد بن أبي وقاص وذكره أيضا النسائي في كتاب الكني وما علمت أحداً ضعفه والله أعلم * (قلت) وقد ذكره البخارى أيضا في تاريخه الكبير في ترجمة

وفى نصيبه قولا تفريق الصفقة إن لم نفرقها بقى المبيع على ملكهما والشركة بحالها وان فرقناها انفسخت الشركة في المبيع وصار مشتركا بين المشترى والشريك الذى بطل في نصيبه وان اشترى بالغبن نظر ان اشترى بعين مال الشركة فهو كما لو باع وان اشترى في الذمة لم يقع وعليه توفير الثمن من خالص ماله * وليس لاحدهما أن يسافر بمال الشركة ولا أن يبضعه بغير اذن صاحبه فان فعل ضمن (الثانى) الشركة جائزة ولكل واحد منهما فسخها متى شاء لما سبق أن حقيقتها التوكيل والتوكل فلو قال أحدهما للآخر عزلتك عن التصرف أولا تتصرف في نصيبي انعزل المخاطب ولا ينعزل العازل عن التصرف في نصيب المعزول ولو قال فسخت الشركة انفسخ العقد قال الامام ينعزلان عن التصرف لارتفاع العقد وأشار الى أن ذلك مجزوم به لكن صاحب التتمة ذكر ان انعزالهما مبني على أنه يجوز التصرف بمجرد عقد الشركة أم لابد من التصريح بالاذن (ان قلنا) بالاول فاذا ارتفع العقد انعزلا (وان قلنا) بالثانى وكانا قد صرحا بالاذن فلكل واحد منها التصرف الى أن يعزلا وكيف ما كان فالأئمة متطابقون على ترجيح القول بانعزالهما وأيد به الامام الوجه الذاهب الى أن لفظ

عبد الله بن يزيد الراوي عنه ووصفه بالأعور وقال أبو عمر بن عبد البر في كتاب الاستذكار والتمهيد بعد أن ذكر الخلاف في جهالته وقد قيل ان زيدا أبا عياش هذا هو أبو عياش الزرقي وأبو عياش الزرقي اسمه عند طائفة من أهل العلم بالحديث زيد بن الصامت وقيل زيد بن النعمان وهو من صغار الصحابة وممن حفظ عن النبي ﷺ وروى عنه وشهد معه بعض مشاهده ورواه ابن عبد البر من طريق ابن أبي عمر وهو العدني عن سفيان بن عيينة عن اسماعيل بن أمية فقال فيه الزرقي وهذه زيادة من عدل مثبتة أنه هو الصحابي وكذلك رويناه في سنن الشافعي عنه عن سفيان بن عيينة فاجتماع الشافعي والعدني عن سفيان على ذلك دليل على أنه هو لكن ذلك مخالف لما اشتهر في الروايات أنه مولى بني زهرة وأحال الطحاوي أن يكون أبو عياش هو الزرقي قال لأن أبا عياش الزرقي من جلة أصحاب رسول الله ﷺ لم يدركه عبد الله بن يزيد فان كان هو إياه فقد كفيناه مؤنة الكلام والا فيكفي ما تقدم من توثيق الدارقطني له وحكم الأئمة بتصحيح حديثه وأبو عياش الزرقي عاش الى زمان معاوية مات بعد الأربعين وقيل بعد الخمسين وقال أحمد بن حنبل اسمه زيد بن النعمان وكل الرواة لهذا الحديث يقولون فيه أبو عياش ـ بالياء المثناة والشين المعجمة ـ إلا رواية ذكرها أبو بكر أحمد بن ابراهيم الاسماعيلي في جمعه حديث يحيى بن أبي كثير عن محمد بن اسحق

الشركة بمجرده يسلطهما على التصرف فيه وكما تنفسخ الشركة بالفسخ تنفسخ بموت أحد المتعاقدين وجنونه واغمائه كالوكالة ثم في صورة الموت ان لم يكن على الميت دين ولا هناك وصية فالوارث الخيار بين القسمة وتقرير الشركة ان كان بالغاً رشيداً وان كان موليا عليه لصغر أو جنون فعلى وليه مافيه الحظ والمصلحة من الامرين وانما يقرر الشركة بعقد مستأنف وان كان على الميت دين فليس للوارث تقرير الشركة الا إذا قضى الدين من موضع آخر وان كان هناك وصية نظر ان كانت الوصية لمعين فهو كاحد الورثة وان كانت لغير معين كالفقراء لم يجز تقرير الشركة حتي تخرج الوصية ثم هو كما لولم تكن وصية *

قال ﴿ **ويتوزع الربح والخسران على قدر المالين * فلو شرطا تفاوتاً بطل الشرط وفسد العقد * ومعنى الفساد أن كل واحد يرجع على صاحبه بأجرة عمله في ماله ولو صح لما رجع * ولو شرط زيادة ربح لمن اختص بمزيد عمل ففي صحة الشرط خلاف * ومن حكمها كون كل واحد أميناً القول قوله فيما يدعيه من تلف وخسران * إلا إذا ادعى هلاكا بسبب ظاهر فعليه إقامة البينة على السبب * ثم هو مصدق في الهلاك به * والقول قوله فيما اشتراه اقصد به نفسه أو مال الشركة * (فان قال) كان من مال الشركة فخلص لي بالقسمة فالقول قول صاحبه في انكار القسمة** ﴾ *

ابن

ابن خزيمة بسنده إلى يحيي قال فيها إن أبا عياش أو عياش شك يحيي وهذا مما يدل على قلة ضبط يحيي في هذا الحديث ورأيت في كتاب الاسماعيلي هذا أيضا ذكره بطريق آخر الى يحيي وقال فيه « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الرطب بالتمر يابس » هكذا وقع في الكتاب وعليه تطبيب وعلامة أنه ينظر فيه فان لم يكن تصحيفاً فهو اختلاف موهن لرواية يحيي أيضا * واعلم أن هذا الحديث لا يحتاج الى تقدير صحته الالما فيه من التعليل بالنقصان (وأما) الحكم فانه ثابت في الحديث الصحيح المتفق عليه عن ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبي ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر » وقد تقدم التنبيه على ذلك من حديثه ومن حديث أبي هريرة وغيره فقد علم مافي هذا الحديث وان الراجح صحته (وأما) الحكم الذي دل عليه فثابت في الاحاديث الصحيحة وقد روى الشافعي هذا الحديث من جهة اثنين من الاربعة الرواة عن عبد الله بن يزيد رواه عن مالك بن أنس ومن جهة اسماعيل بن أمية رواه عن سفيان بن عيينة عنه (أما) روايته عن مالك فرويناها عنه في مسند الشافعي من طريق الربيع عنه وكذلك هي في الأم والأملاء (وأما) روايته من طريق اسماعيل فرويناها في سنن الشافعي التي يرويها الطحاوي عن المزني عن الشافعي وفيها وصف أبي عياش بالزرقي فيحصل بذلك متابعة العدني كما تقدم ورفع الجهالة عنه وأكثر الرواة عن مالك رحمه الله يقولون « سئل عن شراء التمر بالرطب » وكذلك هو في سنن أبي داود والترمذي والنسائي وغيرهم وبعض الرواة عن اسماعيل بن أمية يقولون « عن الرطب بالتمر » كذلك هو في النسائي وغيره من طريق سفيان الثوري عنه وكذلك قاله ابن منيع من رواية أسامة بن زيد (وقال) أبو داود الطيالسي ووكيع وابن نمير شيخ أحمد واحمد بن يونس وخالد بن خداش شيخا ابراهيم الحزبي خمستهم عن مالك « الرطب بالتمر » مثل رواية الآخرين (وقال) أحمد بن حنبل عن سفيان عن اسماعيل « عن تمر برطب » مثل رواية مالك المشهورة والذي قاله الشافعي وغيره في حديث اسماعيل « تبايع رجلان على عهد رسول الله ﷺ بتمر ورطب » فلم يعينوا شيئاً والأمر في ذلك قريب وأما قول المصنف « عن بيع » فلم أجده في شيء من كتب الحديث بل كلهم اما بلفظ الشراء واما بحذفهما معاً فاما رأيته في كتب الفقهاء كالقاضي أبي الطيب ومن بعده (١) أكثر الرواة عنهم يقولون في آخره « قالوا نعم فنهى عنه » وكذلك لفظ أبي داود والترمذي

(١) بياض بالاصل فحرر

من أحكام الشركة كون الربح بينهما على قدر المالين شرطا أو لم يشرطا تساويا في العمل أو تفاوتا فان شرطا التساوي في الربح مع التفاوت في المال فهو فاسد وكذا لو شرطا التفاوت في الربح مع التساوي في المال نعم لو اختص أحدهما بمزيد عمل وشرط له مزيد ربح ففيه وجهان (أحدهما) صحة الشركة ويكون القدر الذي يناسب ملكه له بحق الملك والزائد يقع في مقابلة العمل ويتركب

والنسائي وغيرهم وفي رواية « فكرهه » ورواه سفيان بن عيينة عن اسماعيل فقال فيه « قالوا نعم قال فلا إذا » مثل ما ذكره المصنف كذلك رواه أحمد في مسنده والدار قطني وغيرهما و كذلك رواه الحاكم من طريق مالك واسماعيل جميعاً وذكره أبو قرة في سننه من طريق مالك واسماعيل فقال فيه « فنهاه عنه » وذكره أبو داود الطيالسي عن مالك قال فيه « فقالوا نعم فقال لا أو فنهي عنه » هكذا رواه على الشك وأكثر الرواة يقولون « اذا يبس » وفي رواية وكيع عن مالك « اذا جف » ذكرها ابن أبي شيبة وبعض الرواة يقولون « أينقص؟ » وبعضهم يقول « أليس ينقص؟ » وبعضهم يقول « نهى رسول الله ﷺ عن التمر بالرطب فقال فيه اذا يبس نقص » هذه رواية عبد الله بن عون الخراز عن مالك بأسناده المذكور فهذه كلمات يحتاج اليها فيما ذكره المصنف لمن يريد تحرير النقل ولنذكر لفظ الحديث بتمامه محررا روينا في مسند الأمام الشافعي عن مالك رضي الله عنهما عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان « أن زيدا أبا عياش أخبره أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلت فقال له سعد أيتهما أفضل فقال البيضاء فنهى عن ذلك وقال سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله ﷺ أينقص الرطب اذا يبس؟ فقالوا نعم فنهى عن ذلك » وهو في الأم كذلك حرفا بحرف وفي الأملاء كذلك الا أنه أبدل همزة الاستفهام بهل وهو في أكثر الكتب قريب من هذا اللفظ قال العلماء منهم الخطابي قوله ﷺ « أينقص الرطب إذا يبس » لفظه لفظ الاستفهام ومعناه التقرير والتنبيه فيه على نكتة الحكم وعلته ليعتبروها في نظائرها وأحوالها وذلك أنه لا يجوز أن يخفى عليه ﷺ ان الرطب اذا يبس نقص فيكون سؤال تعرف واستفهام وإنما هو على الوجه الذي ذكرته وهذا كقول جرير

ألستم خير من ركب المطايا • وأندى العالمين بطون راح

ولو كان هذا استفهاما لم يكن فيه مدح و إنما معناه أنتم خير من ركب المطايا هذا كلام الخطابي رحمه الله تعالى والاستفهام بمعنى التقرير كثير موجود في الكتاب العزيز في قوله تعالى (وما تلك بيمينك ياموسى) وقوله (ألم نشرح لك صدرك) وغير ذلك وانما اعتنى الأصحاب ببيانه هنا لأن من جملة ماضعف به الخصم هذا الحديث كونه متضمنا للاستفهام عن أمر لا يخفى (وقال) الشافعي

العقد من الشركة والقراض (وأصحها) المنع كما لو شرطا التفاوت في الخسران فانه يلغو أو يتوزع الخسران علي المال ولا يمكن جعله مشتركا وقراضا فان العمل في القراض يقع مختص بمال المالك وههنا يتعلق بملكه وملك صاحبه * وعند أبي حنيفة رضي الله عنه يجوز تغيير نسبة الربح بالشرط ويكون الشرط متبعا * لنا القياس على طرود الخسران فأنه يسلم توزيعه على قدر المالين وان شرط خلافه واذا

رحمه الله فى الأم فى باب الطعام بالطعام وفيه دلائل (منها) أنه سأل أهل العلم بالرطب عن نقصانه فينبغى للامام اذا حضره أهل العلم بما يرد عليه أن يسألهم عنه وبهذا صرنا الى قيم الأموال بقول أهل العلم والقبول من أهلها (ومنها) أنه ﷺ نظر فى متعقب الرطب فلما كان ينقص لم يجز بيعه بالتمر لأن التمر من الرطب اذا كان نقصانه غير محدود وقد حرم أن يكون التمر بالتمر الا مثلا بمثل وكانت فيها زيادة بيان النظر فى المتعقب من الرطب فدلت على أن لا يجوز رطب بيابس من جنسه لاختلاف الكيلين وكذلك دلت على أنه لا يجوز رطب برطب لأنه نظر فى البيوع فى المتعقب خوفا من أن يزيد بعضها على بعض فهما رطبان معناهما معنى واحد وقال فى الاملاء قريبا من ذلك وزاد قال الشافعى فقال بعض لا بأس بالرطب بالتمر وان كان الرطب ينقص إذا يبس قال الشافعى فخالفه صاحبه قال قولنا فى كراهية الرطب بالتمر قال الشافعى ثم عاد الى معنى قوله فقال لا بأس بحنطة رطبة بحنطة يابسة وحنطة مبلولة بحنطة مبلولة وإن كان أحدهما أكثر نقصانا اذا يبس من الآخر وتكلم الشافعى رحمه الله تعالى أيضا فى الأم على قول سعد فى البيضاء والسلت وقد تقدم ذلك عند الكلام مع المالكية فى بيع الحنطة بالشعير والله أعلم *وقد اتفق جمهور العلماء على مقتضى هذا الحديث وأنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر وقد اتفق الاصحاب مع الشافعي رحمه الله علي ذلك لا خلاف عندهم فى ذلك الا خلافا حكاه ابن الرفعة فى الكفاية عن تعليق القاضى حسين فيما اذا باع الرطب على الأرض بالتمر وكذلك حكاه مجلى عن الابانة للفورانى ولم أجده فى شىء من الكتابين على الاطلاق ولا يجوز اعتقاده وانما هو فى الابانة والتتمة فى خمسة أوسق فما دونها تخريجا علي مسألة العرايا وعبارة التتمة مصرحة بذلك وان كانت عبارة الفورانى مطلقة (أما) الزائد عليها فليفهم ذلك ولم أر أحدا نقل هذا الخلاف الا مجلى وابن الرفعة وكيفما كان فهو مردود يجب اعتقاد أن ذلك وهم منهما لو سوء فى العبارة واطلاقها ولعل حملهما علي ذلك اطلاق عبارة الفورانى ولكن ذاك لانه قد ذكرها فى فصل العرايا فكان ذلك قرينة بخلافهما حيث تكلما فى فصل بيع الرطب بالتمر مع أن ابن الرفعة فى شرح الوسيط صرح بالاتفاق على أنه لا يجوز ذلك فى أكثر من خمسة أوسق كما نبهت عليه (وقوله) فى الكفاية أوجب الافهام فيه كونه ذكره فى غير محله ولم ينبه على محله والله أعلم *وممن ذهب

فسد لم يؤثر ذلك فى فساد التصرفات لوجود الاذن ويكون الربح على نسبة المالين ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بأجرة مثل عمله فى ماله على ما ذكره فى الكتاب وتفصيله أنهما إما أن يكونا متساويين فى المالين أو متفاوتين ان تساويا فاما أن يتساويا فى العمل أيضا فنصف عمل كل واحد منهما يقع فى ماله فلا يستحق به أجرة والنصف الآخر الواقع فى مال صاحبه يستحق عليه

الى المنع من ذلك كما ذهب اليه الشافعي من الصحابة سعد بن أبي وقاص ومن التابعين سعيد بن المسيب ومن الفقهاء مالك والليث بن سعد والاوزاعي والثوري وأبو يوسف ومحمد بن الحسن لكنه قال اذا أحاط العلم بأنهما اذا يبسا تساويا جاز وأحمد بن حنبل واسحق وداود هكذا نقل جماعة من أصحابنا والحجة في ذلك الاحاديث المتقدمة ومن جهة أنه ان بيع متماثلا فالمنع لتحقق المفاضلة عند الجفاف وان كان التمر أكثر فالجهل بالمماثلة والتخمين لا يكفي في ذلك الا في العرايا * وقال أبو حنيفة بجواز بيع الرطب بالتمر كيلا بكيل مثلا بمثل قال الشيخ أبو حامد وانفرد بذلك ولم يتابعه أحد عليه ونقل ابن عبد البر عن داود موافقته له ونقل ابن المنذر أنهم أجمعوا على أن بيع التمر بالرطب لا يجوز الا أن أبا حنيفة وقال الشيخ أبو حامد إنه لم يخالف سعدا من الصحابة أحد ولا خالف أحد من التابعين وهكذا يقوله في كل فاكهة رطبة بيابسها يجوز بيع العنب بالزبيب والحنطة الرطبة باليابسة وتابعه على هذا أبو يوسف كما أشار اليه الشافعي في كلامه المتقدم في الاملاء وداود الظاهري وموافقة أبي يوسف له في بقية الفواكه مع مخالفته له في الرطب بالتمر لا وجه له فمتى ثبت الحكم فيه ثبت فيها وقول أبي يوسف المذكور في الحنطة الرطبة بالماء (أما) الرطبة من الاصل كالفريك فلا يجوز باليابسة ولنرجع على الكلام على الرطب بالتمر ومحل الخلاف في الرطب المقطوع على الارض * واحتج المنتصرون لأبي حنيفة بأن الرطب والتمر إما أن يكونا جنسا واحدا أو جنسين فان كانا جنسا واحدا فبيع الجنس الواحد بعضه ببعض مثلا بمثل جائز وان كانا جنسين فبيع جنس بجنس آخر جائز والاستدلال على كل من القسمين لا يخفى وفي المبسوط من كتب الحنفية أن أبا حنيفة دخل بغداد فسئل عن هذه المسألة وكانوا اشداء عليه لمخالفته الخبر فذكر هذا الاستدلال فاورد عليه حديث سعد فقال إن زيدا أبا عياش لا يقبل حديثه قال شارح الهداية من كتبهم وهذا الكلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم ولكن الحجة لا تتم لجواز أن يكون بينهما قسم ثالث كما في الحنطة المقلية بغير المقلية يعني أنها لا تجوز عندهم ومع ذلك الترديد المذكور جار فيها ولأنه اذا صح التساوي حال العقد لم يمنع توقع نقص يحدث العقد كالتمر الحديث بالتمر الحديث أو العتيق والسمسم بالسمسم وإن كان يؤول إلى الشيرج (وأجابوا) عن حديث سعد بجهالة زيد أبي عياش و بحمله على أن المراد إذا كان نسيئة وقد ورد ذلك في رواية أخرى كما تقدم فيحتج بمفهومها

مثل بدله عليه فيقع في التقاص وان تفاوتا في العمل بأن كان عمل أحدهما يساوي مائة وعمل الآخر مائتين فان كان عمل المشروط له الزيادة أكثر فنصف عمله مائة ونصف عمل صاحبه خمسون فيبقى له خمسون بعد التقاص وان كان عمل صاحبه أكثر ففي رجوعه بالخمسين على المشروط له الزيادة وجهان (أحدهما) الرجوع وهو ظاهر ما أجاب به الشيخ أبو حامد كما لو فسد القراض

ويخص به عموم النهى عن بيع الرطب بالتمر الوارد فى حديث سعد وابن عمر وغيرهما وتحمل النواهى الواردة فى ذلك على ما اذا كان الرطب على رءوس النخل وهو المزابنة (واحتجوا) أيضا بعموم نهيه ﷺ «عن الطعام بالطعام الامثلا بمثل» وكذلك قوله «التمر بالتمر» وقالوا ان التمر اسم لثمرة النخل من حين ينعقد الى أن يدرك (وأجاب) الاصحاب عن الاول بأنهما جنس واحد ولا يلزم جواز بيع بعضه ببعض كالدقيق بالحنطة وقد وافقنا أبو حنيفة على أنه لايجوز بيعه بها فان اعتذروا بان طحن الدقيق صنعة تعارض عملها لزمهم أن يجيزوا التفاضل بين الدقيق والحنطة ثم ان الصنعة لاأثر لها فى عقود الربا (وعن) الثانى بأن المعتبر التساوى حالة الادخار و بأن هذه علة مستنبطة وعلة النبي ﷺ منصوص عليها فكانت أولى (وعن) جهالة أبى عياش بما تقدم (وعن) الاحتجاج بالمفهوم على تقدير ثبوت تلك الرواية وتخصيص العموم بأن المحتجين بذلك لايقولون بالمفهوم وأيضا فان العام المذكور قارنه تعليل وهو قوله «أينقص الرطب اذا يبس» فصار معناه خاصا كأنه قال نهى عن بيع الرطب بالتمر بعد لان اعتبار التساوى مع التعليل المذكور لاوجه له واذا ثبت أن ذلك اللفظ العام أريد به الخصوص فالمفهوم المقابل له (من) أصحابنا من يجعله كالقياس فيسقطه لرجحان المنطوق عليه (ومنهم) من يقول هو بمنزلة المنطوق و يتقابلان فعلى هذا يكون هذا المنطوق أولى لأنه نطق خاص معه تعليل فيكون أولي من الذى لاتعليل معه هكذا حكى هذا الخلاف عن أصحابنا والبناء عليه الشيخ أبو حامد وغيره وهو يقتضى أن بعض الأصحاب قائل بمساواة المفهوم للمنطوق عند تجرده عن التعليل وهو غريب فأن المعروف أن المنطوق راجح على المفهوم نعم قد يكون ذلك فيما اذا كان المفهوم خاصا والمنطوق عاما وهو بعيد أيضا لانه يقتضى أن بعضهم يتوقف فيه و بعضهم يسقط المفهوم والمعروف أن المفهوم يخصص العموم (وعن) احتجاجهم بقوله الطعام بالطعام بأن هـذا عام فى الرطب واليابس فيحمل ذلك علي اليابس بدليل ماذكرنا وعن قوله «التمر بالتمر» أن الرطب لايسمى تمرا لو حلف لايأكل التمر فأكل الرطب لم يحنث (والجواب) عن حملهم ذلك على ماذا كان على رءوس النخل لا يكال (وأيضا) فأن المزابنة تعم القسمين كما سيأتى إن شاء الله (وعن) قياسهم على بيع الحديث بالعتيق من ثلاثة أوجه مجموعة من كلام القاضى أبي الطيب والماوردى والمحاملى (أحدها) أن النقض لايقدح فى العلة الشرعية كتخصيص العموم

فيستحق العامل أجرة المثل (وأصحهما) المنع ويحكى عن أبى حنيفة رحمه الله لانه عمل وجد من أحد الشريكين لم يشترط عليه عوض والعمل فى الشركة لايقابله عوض بدليل ماذا كانت الشركة صحيحة فزاد عمل أحدهما فانه لايستحق علي الآخر شيئا ويجرى الوجهان فيما إذا فسدت الشركة واختص أحدهما باصل التصرف والعمل هل يرجع بنصف أجرة عمله على الآخر (وأما)

(الثانى) أن التمر الحديث والعتيق تساويا فى حالة الادخار فلا يضر النقصان بعد ذلك (والثالث) أن نقصان الحديث يسير وقد يعفى عن اليسير كما لو كان فى الحنطة تراب وزوان يسير (قلت) وهذا الجواب هو المتعمد ولذلك نقول إن الحديث إنما يجوز بيعه بالعتيق اذا لم تبق النداوة فى الحديث بحيث يظهر دونها فى المكيال وسيأتى ذلك فى آخر هذا الفصل عند ذكر المصنف له ان شاء الله تعالى والله أعلم * واعترض نصر عليهم بأنهم يحتجون بخبر المجهول فكيف يدفعون هذا الخبر به لو كان مجهولا كما ادعوه وعمدتنا فى ذلك الحديث فهو كاف فى الاستدلال من غير شغب والقياس على بيع القمح بالدقيق فأنهم سلموا امتناعه ولا يقال ان الدقيق الذى فى الحنطة أكثر من الدقيق الذى فى مقابله لأنه ينتقض ببيع جيدة بحنطة ضامرة مهزولة فأنه يصح والدقيق فى الجيدة أكثر ولهم ولأصحابنا أجوبة وأسئلة ضعيفة يطول الكتاب بذكرها وفيما ذكرته مقنع وهذه المسألة مما تلتبث أيضا على الأصل الذى قدمته وهو أن المطلوب هل هو وجوب المساواة كما يقوله الحنفية أو التحريم حتى تتحقق المساواة والله أعلم * وسعد بن أبي وقاص راوى الحديث مذكور فى باب حمل الجنازة (وقوله) البيضاء بالسلت قال ابن عبد البر فى الحديث تفسير البيضاء وأما الشعير وقد تقدم الكلام فى ذلك قال ابن عبد البر البيضاء السلت والشعير عند سعد صنف واحد لا يجوز التفاضل بينهما وكذلك القمح معهما صنف واحد قال وهذا مشهور من مذهب سعد رضى الله عنه واليه ذهب مالك وأصحابه ولنرجع بعد ذلك الى الفاظ الكتاب (قول) المصنف على الأرض تنبيه على أن الكلام فى المسألة المختلف فيها واحتراز عن بيع الرطب على رؤس النخل بالتمر على الأرض فلا خلاف فى أنه ممتنع الا العرايا فيكون قوله على الأرض حالا من رطبه أى لايباع رطبه حال كونه على الارض بيابسه ومعلوم أن اليابس على الأرض و يجوز أن يجعل حالا منهما جميعا والله أعلم * (وقوله) إنه نهى عن بيع الرطب بالتمر لوجود الصيغة الدالة (وقوله) انه جعله العلة فيه أنه ينقص مأخوذ من ثلاثة أوجه (أحدها) الفاء الداخلة على الحكم المرتب على الوصف (والثانى) إذا فانه للتعليل (والثالث) استنطاقه وتقريره ﷺ لنقصانه اذا يبس وهو ﷺ والحاضرون يعلمون ذلك فلو لم يكن النقصان علة فى المنع لم يكن للتقرير عليه فائدة وهذا المثال عده الغزا ومن تابعه فى أقسام الايماء والتنبيه لكنه

اذا تفاوتا فى المال بان كان لاحدهما الف ولآخر الفان فاما أن يتفاوتا فى العمل أو يتساويا فان تفاوتا بان كان عمل صاحب الأكثر أكثر بان كان عمله يساوى مائتين وعمل الآخر مائة فثلثا عمله فى ماله وثلثه فى مال صاحبه وعمل صاحبه على العكس فيكون لصاحب الأكثر ثلث المائتين على صاحب الاقل ولصاحب الاقل ثلث المائة على صاحب الاكثر وقدرهما واحد فيقع فى التقاص فان كان عمل

لأجل ازدحام هذه الوجوه قال الغزالى ومن تابعه انه ترقى فى الظهور الى رتبة الصريح وقال المصنف فى اللمع وشرحها ان ذلك أعني قوله صلى الله عليه وسلم « أينقص الرطب اذا يبس فقيل نعم فقال فلا اذا » صريح فى التعليل وجعله مقدما على ذكر الصفة التى لايفيد ذكرها غير التعليل وكذلك جعله فى المعونة أيضا (وقوله) بعد ذلك فدل على أن كل رطب لايجوز بيع رطبه بيابسه مستنده القياس وعموم العلة فيعم الحكم لعموم علته وبذلك يتم الاستدلال على القاعدة الكلية التى ادعاها أنه لايباع رطبه بيابسه مطلقا فى بعضه بالنص وفي باقيه بالقياس فنبه على أن النص وحده لا يكفي فى اثبات تلك القاعدة والله تعالى أعلم * وان العلة لو كانت فى رتبة الصريح لا تكون كالتنصيص على جميع محالها فيكون الحكم فيها ثابتا بالنص كما ادعاه بعض الأصوليين بل انما يثبت فى الفرع بالقياس والله أعلم * (وقوله) رطبه بيابسه يشمل الرطب والبسر والبلح والخلال بلغة العراق الذى يسميه المصريون رامخا لايجوز أن يباع شيء منها بالتمر وكذلك العنب والحصرم إذا بيع بالزبيب والجوز واللوز رطبها بيابسها وكذلك البندق والفول والمشمش والتين الرطب باليابس والخوخ الرطب بالمقدد على ماقاله القاضى أبو الطيب وغيره ومراده به (١) وكذلك أحد نوعي الجنس الواحد اذا بيع بالآخر كالرطب المقلى بالتمر البرنى لايجوز أيضاً قاله الماوردى وهو واضح وما أشبه ذلك صرح الشافعى رحمه الله والأصحاب بهذه الأمثلة كلها وهم والشافعى مصرحون باطلاق هذه القاعدة التى ادعاها المصنف بانه لايباع من الجنس الواحد رطب بيابس فى غير العرايا ولم يختلفوا فى شيء منها إلا فى بيع الطلع بالرطب وقد حكى الماوردى والرويانى فيه ثلاثة أوجه (أحدها) الجواز لأنه لاينعقد فأشبه القصل بالحنطة (والثانى) لا لأن نفس الطلع يصير رطبا بخلاف القصل (والثالث) قالا وهو أصح ان كان من طلع الفحال جاز لأنه صار رطبا وان كان من طلع الأناث لم يجز ومن صرح بأن البسر والبلح كالرطب فى ذلك الماوردى والمتولى وكذلك الخلال قاله الماوردى وكذا كل مايتخذ من التمر والرطب كالدبس والناطف لايجوز بيعه بتمر ولا رطب ولا بما يصير تمرا أو رطبا كالبلح والخلال والبسر صرح به الماوردى وقال امام الحرمين عند الكلام الاجناس إن البلح مع الرطب والحصرم مع العنب كالعصير مع الخل عنده وأظهر الوجهين عنده

(١) بياض بالاصل فحرر

صاحب الاقل فى ماله وثلثاه في مال شريكه وثلثا عمل صاحبه الاكثر فى ماله وثلثه فى مال شريكه فلصاحب الاقل ثلثا المائتين على صاحب الاكثر وهو مائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم ولصاحب الاكثر ثلث المائة على صاحب الاقل وهو ثلاثة وثلاثون وثلث فيبقى بعد التقاص لصاحب الاقل مائة على الآخر وان تساويا فى العمل فلصاحب الأقل ثلثا المائة على صاحب الاكثر

فى العصير مع الخل أنهما جنسان فيكون الظاهر عنده جواز بيع البلح بالرطب والتمر متفاضلا وجواز بيع الحصرم بالعنب متفاضلا وأنهما جنسان وهذا بعيد لأنه لو لزم من الاختلاف فى هذه الصفة الاختلاف فى الجنسية لزم أن يكون الرطب والتمر جنسين مختلفين وهو لايقول به فهذا يفسد عليه ما اختاره من أن العصير والخل جنسان بل هما جنس واحد لأن التفاوت الذى بينهما أشد مما بين الرطب والتمر * واعلم أن الحكم بكون الطلع والرطب والتمر جنساً واحداً وكذلك الحكم بان الرطب والتمر جنس واحد فيه اشكال لان كلا منهما منفرد باسم خاص وذلك يقتضى كونهما جنسين على مقتضى الضابط المشهور فى اتحاد الجنس واختلافه وقد تقدم التعرض لذلك عند الكلام فى الاجناس والله أعلم * والضمير فى قوله رطبه بيابسه عائد على ماحرم بدا الربا الذى صدر به الفصل السابق على الفصل الذى قبل هذا واتحاد الضمير يفيد ان المراد الجنس الواحد أى لا يباع رطب الجنس بيابس ذلك الجنس وليس الحكم مقتصرا على الرطب بالتمر والعنب بالزبيب بل كل رطب بيابس اذا كان ربويا من جنس واحد كحب الرمان بالرمان الرطب قال الشيخ أبو حامد لا خلاف على مذهبنا أنه لا يجوز يعنى تفريعاً على الجديد أنه يجرى فيها الربا والله أعلم * ومن الواضحات أنه يجوز بيع الرطب بالعنب والعنب بالتمر والرطب بالزبيب والزبيب بالتمر لانهما جنسان وقد نص الاصحاب على ذلك كله والله أعلم * وقد أفهم كلام المصنف جواز بيع يابسه بيابسه كبيع التمر بالتمر والزبيب بالزبيب اذا تساويا فى المكيال وذلك بالاتفاق وكذلك كل تمرة لها حالة جفاف كالمشمش والخوخ والبطيخ الذى يفلق والكمثرى الذى يفلق والرمان وسيأتى تفصيل ذلك ان شاء الله تعالى وقد مر بعضه عند الكلام فى المعيار والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وأما بيع رطبه برطبه فينظر فيه فان كان ذلك مما يدخر يابسه كالرطب والعنب لم يجز بيع رطبه برطبه وقال المزنى يجوز لان معظم منافعه فى حال رطوبته فجاز بيع بعضه ببعض كاللبن والدليل على أنه لايجوز أنه لايعلم التماثل بينهما فى حال الكمال والادخار فلم يجز بيع احدهما بالآخر كالتمر بالتمر جزافا ويخالف اللبن فان كماله فى حال رطوبته لأنه يصلح لكل مايراد به والكمال فى الرطب والعنب فى حال يبوسته لأنه يعمل منه كل مايراد منه و يصلح للبقاء والادخار ﴾ *

واصحاب الاكثر ثلث المائة عليه فيكون الثلث بالثلث قصاصا يبقى لاصحاب ثلث المائة ثلاثة وثلاثون وثلث (وقوله) فى الكتاب فلو شرطا تفاوتاً بطل الشرط معلم - بالحاء - لما عرفت أن أباحنيفة رحمه الله يصححه (وقوله) فسد العقد هذا هوالمشهور ونقل الامام رحمه الله اختلافاللاصحاب

﴿ الشرح ﴾ الطعام الرطب منه مايخرج عن الرطوبة فى حال يصير يابسا وهذا ينقسم الى مايدخر يابسه والى مايدلاخرفذكر المصنف من المأكول والمشروب الذي يكون رطباً ابداً قال المصنف من المأكول والمشروب الذى يكون رطباً ابداً اذا ترك لم ينتن مثل الزيت والسمن والشيرج والأدهان واللبن والخل وغيرها مما لاينتهى بيبس فى مدة جاءت عليه ابداً الا ان يبرد فيجمد بعضه ثم يعود ذائباً كما كان او بأن يقلب بأن يعقد على نار أو يجعل عليه يابس فيصير هذا يابساً بغيره وعقد نار فهذا الصنف خارج من معني مايكون رطباً بمعنيين (احدهما) أن رطوبة مايبس من التمر رطوبة فى شيء خلق مستحسلا انما هو رطوبة طرأ كظروف اغتذائه فى شجره وأرضه فاذا زال موضع الاغتذاء من مسه عاد الى اليبس وما وصفت رطوبته مخرجة من امات الحيوان أو ثمر شجر أو زرع قد زال الشجر والزرع الذى هو لاينقص بزيادة الأصل الذى هو فيه نفسه ولا يجف به بل يكون ماهو فيه رطباً انطباع رطوبته (والثانى) أنه لايعود يابساً كما يعود غيره اذا ترك مدة الا بما وصفت فلما خالفه لم يجز أن نقيسه عليه وجعلنا حكم رطوبته حكم جفوفه ولأنا كذلك نجده فى كل أحواله لامتنقلا الا بتنقل غيره اه فهذا القسم لم يتعرض له المصنف فى كلامه بل ذكر شيئاً من مسائله فيما بعد كالخلول والالبان كما سيأتى ان شاء الله تعالى واقتصر علي الرطب الذى يكون منه يابسة وقسمه قسمين (الاول) الذى يدخر يابسه كالرطب والعنب والحنطة والشعير والفول والجوز واللوز والرمان الحامض والفستق والبندق ونحو ذلك وكل ما غالب منافعه فى حال يبسه فهذا لايجوز بيع رطبه برطبه قال الشافعى رضى الله عنه فى الام في باب بيع الآجال وكل شيء من الطعام يكون رطباً ثم ييبس فلا يصلح منه رطب بيابس لان النبى ﷺ سئل عن الرطب بالتمر فقال «أينقص الرطب اذا يبس فقال نعم فنهي عنه» فنظر فى المتعقب فكذلك ننظر فى المتعقب فلايجوز رطب برطب لانهما اذا تيبسا اختلف نقصهما فكانت فيهما الزيادة فى المتعقب وقدتقدم من كلامه فى الأم نحو ذلك أيضا وقال فى باب الرطب بالتمر وهكذا كل صنف من الطعام الذى يكون رطبا ثم ييبس فلا يجوز فيه الا ماجاز فى الرطب بالتمر والرطب نفسه ببعض لايختلف ذلك وهكذا ما كان رطبا فرسك وتفاح وتين وعنب وأجاص وكمثرى وفاكهة لايباع شيء منها بشيء رطبا ولا رطب منها بيابس ولا جزاف منها بمكيل (قلت) وجمع الشافعى فى ذلك بين مايدخر يابسه

رحمهم الله فى أن الشركة تفسد بهذا الشرط أو يطرح الشرط والشركة بحالها لنفوذ التصرفات ويوزع الربح على المالين ولم يتعرض غيره لحكاية الخلاف بل جزموا بنفوذ التصرفات ويوزع الربح علي المالين ولوجوب الأجرة فى الجملة ولعل الخلاف راجع الى الاصطلاح فبعضهم يطلق

ومالا يدخر ومقصوده منع بيع الرطب بالرطب واليابس مطلقا والله أعلم * وقال فى الاملاء و بين عندي والله أعلم أن لايشترى رطب برطب لان أحد الرطبين أقل نقصا من الآخر وقد اشتمل هذا الكلام على مايجفف مطلقا سواء كان تجفيفه غالباً أم لا ولم يفصل العراقيون بين القسمين فلذلك أطلق المصنف وسيأتى عن الامام تفصيل فى ذلك فنؤخر الكلام فيما جفافه نادر ونجعل الكلام الآن فيما جفافه غالب كالرطب والعنب وهو أصل مايتكلم عليه فى المسألة فقد اتفق جمهور الاصحاب غير المزني من المتقدمين والروياني من المتأخرين على أنه لايجوز بيع بعضه ببعض فى حال الرطوبة فلم يحكوا فيه خلافا وكذلك قال الجعدي إن المنع من ذلك قول واحد وامام الحرمين قال إنهم لم يختلفوا فيه ومحل الكلام فى الزائد على خمسة أوسق (أما) اذا باع خمسة أوسق فما دونها رطبا مقطوعا على الأرض بمثله فسيأتى فى العرايا فيه خلاف عن شرح التلخيص للقفال وقد خالف الشافعى رحمه الله فى هذه المسألة أكثر العلماء فذهب مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل فى المشهور والمزني واختاره الروياني من أصحابنا فقال فى الحلية وهو القياس والاختيار حتي قال ابن المنذر فيما حكي عنه القاضي حسين أن العلماء اتفقوا على أن بيع الرطب جائز الا الشافعى وقد وافق الشافعى على ذلك عبد الملك بن الماجشون وأبو حفص العكبرى من الحنابلة قال الشيخ أبو حامد والكلام مع أبي حنيفة فى ذلك ضرب من التكايف لأنه اذا أجاز بيع الرطب بالتمر فالرطب بالرطب أجوز (فاما) مالك وغيره فقد منعوا بيع الرطب بالتمر وأجازوا هذا فالكلام معهم (أما) حجة الشافعى فظاهرة من القياس على بيع الرطب بالتمر وان لم يكن فى الرطب بالرطب حقيقة المفاضلة ففيه الجهل بالمماثلة فى الحالة المعتبرة وهى حالة الجفاف فان فى الارطاب ماينقص كثيرا وهو اذا كان كثير الماء رقيق القشرة فاذا يبس ذهب ماؤه ولحمه حتى لايبقى منه شيء ومثله الاصحاب بالمليات وهو (١) والابراهيمى وهو (٢) وغيرهما ومنه ماينقص قليلا وهو ما كثر لحمه وقل ماؤه وغلظ قشره ومثلوه بالمعقلى والبرنى والطبرزوى وهذا ماأراده المصنف بقوله إنه لايعلم التماثل بينهما فى حال الكمال والادخار وزاد الاصحاب فقالوا إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الرطب بالتمر لأجل النقصان فى أحد الطرفين فكان المنع اذا وجد النقصان فى الطرفين أولى وأحرى وروي أبو بكر الاسماعيلي فى كتابه المستخرج على البخارى حديث ابن عمر المتقدم

(٢٦١) بياض بالاصل فحرر

لفظ الفساد و بعضهم يتنع منه لبقاء أكثر الاحكام (وقوله) ويعني الفساد الى آخره أشار به إلى أن أثر الفساد الرجوع بالاجرة فان الشركة لو كانت صحيحة لماثبت استحقاق الاجرة و يجوز إعلام قوله يرجع بالاجرة ـ بالحاء ـ لأن عنده لارجوع بها لصحة الشرط وماذكرنا من معني الفساد عند تعيين

في بيع الرطب بالتمر باللفظ يدل على منع بيع الرطب بالرطب قال « نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمرة بالتمرة فيشمل الرطب وسائر أحواله » وهذه الرواية أصرح من روايته المذكورة في البخاري وغيره « نهى عن بيع التمر بالتمر » فانه يحتمل أن يكون جميعا بالثاء المثلثة فتكون موافقة لها ويحتمل أن يكون احداهما التمر بالمثناة وكذلك ضبطه جماعة أن الأولى بالمثلثة والثانية بالمثناة يعني بيع الرطب بالتمر وأما رواية الاسماعيلي هذه فصريحة فأما بزيادة الهاء في آخرها ولما لم يتمسك الاصحاب بغير القياس اعترض المخالفون على القياس الذى ذكره الأصحاب بأن النقصان في أحد الطرفين موجب للتفاوت والنقصان في الطرفين غير موجب له وأجابوا عن هذا الاعتراض بجوابين (أحدهما) ماتقدم من تفاوت النقص في الأرطاب (والثاني) أن النبي ﷺ لم يراع التفاوت في الثاني وإنما راعى النقصان اذا يبس وذلك موجود في الرطبين ولك أن تقول هذا الجواب الثاني جود على الوصف وظاهرية محضة ولا شك أن النقص انما اعتبر بحصول التفاضل في الربوي فالأولى الاقتصار على الاول أو نقول ان النبي ﷺ منع من بيع الرطب بالتمر مطلقا وذلك يشتمل ما اذا بيع كيلا بكيل وما اذا بيع خرصا كما اذا باع صاع تمر بصاعين رطبا فظن أنه يجيء منها صاع والاول فيه الجهل بالتماثل بين الرطبين لما لم يكن معتبرا في حال الأرطاب صار غير معلوم فيكون كما لو تبايعا جزافا واحتمال المساواة عند الجفاف كاحتمال كون الصبرتين متساويتين في نفس الأمر وأيضا فكل جنس اعتبر التماثل في بيع بعضه ببعض فالجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل بدليل النهى عن التمر بالتمر جزافا وذكر المصنف لحالة الكمال والادخار تحقيق لعدم العلم بالمماثلة لا لأنه مشترك بينه و بين الصورة المقيس عليها، واعترضوا على هذا القياس ايضاً بأنه منقوض بالعرايا فانه يصح مع الجهل بالمساواة لأن مع الخرص لاتتحقق المساواة بل هى مشكوك فيها وأجاب الشيخ أبو حامد بانه في العرايا غلب على ظنه المساواة بالخرص وغلبة الظن فوق الشك فأذا غلب على ظنه أن في هذه النخلة رطب يجيء منه مثل هذا التمر المكيل على الأرض جوزناه (واعلم) أن هذا الجواب يقتضى أن يجوز بيع الرطب بالرطب المقطوعين باعتبار الخرص أو تكون العلة منقوضة كما هى فيحتاج الى جواب غير هذا فنقول ان الشارع اكتفى بالظن الحاصل من الخرص رخصة في العرايا

نسبة الربح جار في سائر أسباب الشركة نعم قال الامام رحمه الله لو لم يكن بين المالين شيوع وخلط فلا شركة ههنا على التحقيق وثمن كل واحد من المالين يختص بمالكه ولا يقع مشتركا والكلام في الصحة والفساد إنما يكون بعد حصول تعيين الشركة وان جرى توكيل من الجانبين لم يخف حكمه و ينبني على الخلاف المذكور فيما اذا شرط زيادة ربح لمن اختص بمزيد عمل *

وغيرها ليس فى معناها فلا يحسن ايرادها نقضا ومقصود الشيخ أبى حامد دفع النقض المذكور فقط بالفرق لا أن وصف غلبة الظن مصحح مطلقا والله أعلم * واحتج المخالفون بالقياس الذي ذكره المصنف قال المزني وقال ايضاً ولأنه اذا بيع الرطب بالرطب. فهما متماثلان فى كل حال لأنهما إذا بقيا يبسا جميعا ونقصا نقصانا واحدا وما يحصل بينهما من التفاوت فى حال اليبس يسير معفو عنه بمنزلة النقصان الحاصل فى التمر الحديث اذا بيع بعضه ببعض وربما أورد ذلك على جهة النقض على علتنا فقالوا النقصان الذى ذكرتموه موجود فى التمر الحديث بالتمر الحديث ومع هذا البيع جائز فانتقضت العلة (وأجاب) الأصحاب عن قياسهم على اللبن بما ذكره المصنف قالوا لأن التمر يصلح لما يصلح له الرطب وزيادة الادخار ولا يصلح الرطب لما يصلح له التمر واللبن يصلح لأشياء كثيرة وإذا جبن أو جعل لباء أو غير ذلك لم يصلح لكل تلك الأشياء وليس للبن حالة أخرى ينتهى اليها بنفسه بخلاف الرطب وعن كلام المزنى فى أنهما يتساويان فى النقصان إذا يبسا بما تقدم أن الأرطاب تتفاوت فى اليبس فيؤدى الى التفاضل فى حال كمالها والتفاضل المحتمل هنا أكثر من الحاصل فى الحديث فان فرض أن التمر الحديث يتناهى في الجفاف بعد ذلك الى حالة يظهر فيها التفاوت فى الكيل فانه لا يجوز بيع بعضه ببعض وهي المسألة ومع هذا لا يرد النقض المذكور (وأما) الشيخ أبو حامد فانه أجاب عن النقض المذكور بأن العلة علتان مستنبطة ومنصوصة فالمستنبطة لايجوز تخصيصها واختلف أصحابنا فى المخصوصة فقيل كالمستنبطة وقيل لا يجوز تخصيصها لأن المستنبطة إنما جعلت علة لاطرادها والمنصوصة علة بالنص فجرت مجرى الاسماء اذا قام دليل على خصوصها تخصصت والنقض مندفع على كلا الطريقين لانا وان قلنا بانه لا يجوز أن يخص فليست العلة مجرد النقصان وانما هو نقصان قبل حالة الادخار قال صلى الله عليه وسلم « أينقص الرطب اذا يبس » وفى المسألة التى ذكروها نقصان لحدث بعد بلوغ حالة الادخار *

﴿ فرع ﴾ هذا القسم الذى تجفيفه غالب اذا جفف فلا خلاف فى جواز بيع بعضه ببعض فى حالة الجفاف إذا كان له معيار شرعى وان لم يكن له معيار شرعى فيأتى فيه الخلاف فيما ليس بمكيل ولا موزون هل يجوز بيع بعضه ببعض أولا والذى يغلب على الظن أن كل ما

﴿فرعان﴾ أحدهما إذا جوزنا ذلك فلو لم يشترطاه ولا اشترطا توزيع الربح على قدر المالين بل أطلقا فعن صاحب التقريب والشيخ أبى محمد ذكر خلاف فى أن الربح يتوزع على المالين وتكون زيادة العمل تبرعا منه أو يثبت للزيادة أجرة تخريجا على ما إذا استعمل صانعا ولم يذكر له أجرة

يجفف غالباً فهو مقدر كالرطب والعنب والقمح والشعير فليس ثم ما يجفف غالباً وهو غير مقدر حتى يتردد في بيعه في حالة جفافه فان فرض جرى فيه الخلاف والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ أما ما لا يغلب تجفيفه بل تجفيفه في حكم النادر الذي يستعمل في التفاضل عند الاكل من رطب الجنس وأكثر الغرض في رطبه فقد ذكر الامام فيه ثلاثة أوجه ومثله بالمشمش والخوخ (أحدها) الجواز رطباً و يابساً (والثاني) المنع رطباً و يابساً فانه لم تتقرر له حالة كمال لا رطباً ولا يابساً (والثالث) المنع رطبا والجواز يابساً قال الامام ولم يصر أحد من أئمة المذهب إلى الجواز رطبا والمنع جافا ثم الرطب الذي لو جفف فسد يجتمع فيه أربعة أوجه وستأتي ان شاء الله تعالى وحكى القاضي حسين في حالة الخوف وجهين في المشمش والخوخ والكمثرى والبطيخ الذي يتفلق والرمان الحامض وهما الوجهان اللذان في التنبيه فيما لا يكال ولا يوزن *

﴿ فرع ﴾ قال الامام قال العراقيون جفاف البطيخ حيث يعتاد من البلاد في حكم جفاف المشمش قال والأمر على ما ذكره *

﴿ فرع ﴾ الذي جزم به صاحب العدة في البطيخ والمشمش امتناعه رطبا والجواز يابسا فخرج من هذا أن ما كان جافا كملا ذا معيار جاز بيعه قطعا وان فقد المعيار كمثل أو الكمال كالفواكه التي لا تدخر والرطب الذي لا يجنى منه في الاقسام الثلاثة خلاف وان فقد الكمال والجفاف امتنع قطعا كالرطب والعنب غالبا *

﴿ فرع ﴾ قول الشيخ رحمه الله رطبه برطبه يشمل اليبس والرطب والطلع والخلال وغير ذلك اذا بيع كل منها بمثله أو بالآخر واذا امتنع بيع الشيء من ذلك بمثله فلأن يمتنع بالآخر بطريق أولى فأن النقصان في أحد الطرفين أكثر وقد ورد في بعض طرق حديث سعد المتقدم « تبايع رجلان على عهد رسول الله ﷺ ببسر ورطب فقال ﷺ هل ينقص الرطب اذا يبس قالوا نعم قال فلا اذا » رواه الحاكم في المستدرك من طريق سماعيل بن أمية بالسند المشهور فأن لم يكن لفظ البسر تصحيفا فهو حجة في هذه المسألة *

(الثاني) إذا شرطا زيادة ربح لمن زاد عمله ففي اشتراط استبداده باليد وجهان وكذا لو شرطا انفراد أحدهما بالعمل في وجه يشترط كما في القراض وفي وجه لا جريا على قضية الشركة والخلاف في جواز اشتراط زيادة ربح بمن زاد عمله جار فيما إذا اشترطا انفراد أحدهما بالتصرف وجعلا له زيادة ربح وفي وجه يجوز ههنا ولا يجوز فيما اذا اشتركا في أصل العمل لأنه لا يدري بأي عمل حصل فيحال به على المال أورده في الوسيط *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي كل مالم يجز التفاضل فيه فالقسم فيه كالبيع فذكر الأصحاب لذلك فروعا (منها) لو كانت ثمرة على أصولها مشتركة بين رجلين فاقتسماها خرصا (وقلنا) القسمة بيع وهو القول الذى ادعى الماوردى هنا أنه الأشهر وقال صاحب التهذيب إنه الاصح لم يصح (وان قلنا) إفراز فان كانت الثمرة مما لازكاة فيه لم يصح لأن خرصه لايجوز وان كانت مما يجب فيه العشر كالرطب والعنب فان كان قبل بدو الصلاح لم يجز قاله المحاملى وان كان بعد بدو الصلاح فقولان (نقلوا) عن نصه فى الصرف الجواز لانه اذا جاز خرصها لمعرفة حق الفقراء وتضمينه جاز لتمييز أحد الحقين عن الآخر نقله القاضى أبو الطيب وغيره ونقل المحاملى عن نصه فى سائر كتبه أنه لايجوز وغير المحاملى لم يفصل بين ما بعد بدو الصلاح وقبله ورجح صاحب التهذيب أنه لايجوز وان فرعنا على أن القسمة إفراز لان الخرص ظن لايعلم نصيب كل واحد على الحقيقة وفى الزكاة جوزنا الخرص لأن الخرص للمساكين فيه حقيقة شركة بدليل أنه يجوز أداء حقهم من مواضع أخر وهو الصحيح وقال فى الابانة ومن أصحابنا من قال قولا واحدا يصح (وان قلنا) انها بيع لان هذا موضع ضرورة (قلت) فيخرج من هذا ثلاث طرق فكل ربوى لايجوز بيع بعضه ببعض لايجوز قسمته على القول بأن القسمة بيع ويجوز على قول الافراز وهل تجوز قسمة أموال الربا المكيل وزنا والموزون كيلا (ان قلنا) القسمة افراز جاز (وان قلنا) بيع فلا اتفق عليه الاصحاب فعلى الاول يجوز قسمة الرطب ونحوه وزنا والله أعلم * ولا يجوز قسمة الطعام ولا غيره جزافا صرح به المحاملى يعنى على القولين جميعا ومأخذ الخلاف فى أن القسمة بيع أو افراز اختلاف قول الشافعى كما قال الماوردى هنا فى خرص رسول الله ﷺ ثمار المدينة هل كان لمعرفة قدر الزكاة أو لافراز حقوق أهل السهمين فعلى الاول لايجوز قسمة الثمار خرصا وتكون القسمة بيعا وعلى الثانى يجوز قسمة الثمار وتكون افراز حق وتمييز نصيب *

﴿ فرع ﴾ فاذا قلنا القسمة بيع وتقاسما مالا ربويا مما يجوز بيع بعضه ببعض قال الماوردى لهذه القسمة خمسة شروط (أحدها) الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون فاذا كانت الصبرة بينهما نصفين وأرادا قسمتها أخذ هذا قفيزا وهذا قفيزا وان كانت أثلاثا أخذ هذا قفيزا وهذا قفيزين ولا يجوز لأحدهما

قال ﴿ ومن حكمها كون كل واحد أمينا القول قوله فيما يدعيه من تلف وخسران * الا اذا ادعى هلاكا بسبب ظاهر فعليه اقامة البينة على السبب * ثم هو مصدق فى الهلاك به * والقول قوله فيما اشتراه أقصد به نفسه أو مال الشركة * فان قال كان من مال الشركة فخلص لى بالقسمة فالقول قول صاحبه فى انكار القسمة ﴾ *

أن يستوفى جميع حصته من الصبرة ثم يكال للآخر مابقى لاحتمال أن يتلف الباقى قبل أن يكال الشريك الآخر ولانهما قد استويا في الملك فوجب أن يستويا فى القبض فان اتفقا على المبتدىء منهما بأخذ القفيز الاول والا اقرع بينهما فى أخذه و يكون استقرار ملك الاول على ما أخذه موقوفا على أن يأخذ الآخر مثله فلو أخذ الاول قفيزا فهلكت الصبرة قبل أن يأخذ الثاني مثله لم يستقر ملك الاول على القفيز وكان الثانى شريكا له (الشرط الثانى) أن يتساويا فى قبض حقوقهما من غير تفاضل وكذلك اذا كانت بينهما أثلاثا أخذ هذا الثلثين وهذا الثلث من غير أن يزداد شيئا أو ينقص شيئا (الشرط الثالث) أن يكون كل منهما او وكيله قابضا لنصيبه مقبضا لنصيب شريكه فلا يصح انفراد أحدهما ولا أن يأذنا لشخص واحد يتولى القبض والاقباض (الشرط الرابع) أن يتقابضا قبل التفرق وتقابضهما بالكيل وحده دون النقل بخلاف البيع حيث كان النقل فيه معتبرا فان المبيع مضمون على بائعه باليد فاعتبر فى قبضه النقل لترتفع اليد فيسقط الضمان وليس فى القسمة ضمان يسقط بالقبض وانما هى موضوعة للاجازة وبالكيل تحصل فلو تقابضا بعض الصبرة ولم يتقابضا الباقى صح فيما تقابضا قولا واحدا وكانت الشركة بينهما فيما بقى (الشرط الخامس) وقوع القسمة ناجزة من غير خيار لا بالشرط ولا بالمجلس وان كانت بيعا لانتفاء المحاباة والغبن عنها هذا كلام الماوردى وقال ابن الرفعة وهذا ظاهر فيما يخير عليه دون مالا يخير عليه ولا جرم قال ابن الصباغ بثبوتهما يعني الخيارين اذا اقتسما بأنفسهما والغزالى حكى فى ثبوت خيار المجلس وجهين قال ودعوى الماوردى أنه لا يد مضمنة فى القسمة فيه نظر لأن يد كل واحد على حصته فقط فلا فرق حينئذ بين يد القاسم والبائع فيما نظنه (قلت) هذا الذى قاله ابن الرفعة هو الذى يترجح والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ اذا أراد قسمة الثمار وقد قلنا على هذا القول بأنه لا يجوز قال الماوردى فالوجه فى ارتفاع الشركة بينهما أن يجعلا ذلك حصتين متميزتين ثم يبيع أحدهما حقه من احدى الحصتين على شريكه بدينار ويبتاع منه حقه من الحصة الاخرى بدينار ثم يتقاصان فيكون هذا بيعا يجرى عليه أحكام البيوع *

﴿ فرع ﴾ من الحاوى أيضا (فان قلنا) بان القسمة افراز يجوز لأحدهما أن ينفرد بأخذ حصته عن اذن شريكه بخلاف ما تختلف اجزاؤه كالثياب والحيوان لان ذلك يفتقر الى اجتهاد فلم يجز

فى الفصل مسألتان (إحداهما) من أحكام الشركة أن يد كل واحد من الشريكين يد أمانة كيد المودع والوكيل ولو ادعى رد المال الى شريكه قبل قوله كالمودع والوكيل بغير جعل ولو ادعى خسرانا أو تلفا فكذلك كالمودع اذا ادعي التلف وكل واحد من الشريكين والمودع اذا أسند التلف الى سبب ظاهر طولب بالبينة

لاحدهما أن ينفرد وان أذن الشريك وبخلاف ما اذا قلنا بالقول الاول لان البيع لاينفرد به أحدهما ولو انفرد بأخذ نصيبه من غير اذن شريكه فوجهان (أحدهما) لا يجوز للاشاعة فعلى هذا ما أخذه مشترك مضمون عليه حصة شريكه فيه (والثانى) يجوز لانه لو استأذنه لم يكن له منعه قال الروياني وعندى الاصح الوجه الاول (وان قلنا) القسمة بيع لم يجز لأحدهما أن ينفرد بحال لا بالاذن ولا بغير الاذن قاله الروياني وذكر جميع ماذكره الماوردى *

﴿ فرع ﴾ جميع ما تقدم من الكلام وخلاف العلماء لافرق فيه بين الرطب بالرطب والبسر بالبسر يمتنع عندنا وجائز عند أبي حنيفة رضي الله عنه ومالك * وقال أبو حنيفة يجوز البسر بالرطب مثلا بمثل وهو قول داود * وقال مالك وأبو يوسف ومحمد لا يجوز الرطب بالبسر على حال نقل ذلك ابن عبد البر *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وان كان مما لا يدخر يابسه كسائر الفواكه ففيه قولان (أحدهما) لا يجوز لانه جنس فيه ربا فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب (والثانى) أنه يجوز لان معظم منافعه فى حال رطوبته فجاز بيع رطبه برطبه كاللبن ﴾*

﴿ الشرح ﴾ الذى لايدخر يابسه فى العادة كالأترج والسفرجل والتفاح والتوت والبطيخ والموز والقثاء والخيار والباذنجان والرمان الحلو والقرع والزيتون عند بعضهم والكراث والبصل وجميع البقول وكل ماغالب منافعه فى حال رطوبته سوى الرطب والعنب وكل رطب لاينفع إذا يبس إما من المكيلات أو الموزونات التى فيها الربا قولا واحدا واما من غيرها على الجديد ومن ذلك أيضاً السفرجل وقال الجوزى إنه ييبس ويدخر وهو غريب فهل يجوز بيع بعضها ببعض فيه قولان منصوصان كما قاله الشيخ أبو حامد وقد رأيت ما يقتضي ذلك فى الأم والذى نص عليه فى باب بيع الآجال المنع فأنه قال وكذلك كل مأكول لاييبس اذا كان مما ييبس فلا خير فى رطب منه برطب كيلا بكيل ولا وزنا بوزن ولا عددا بعدد ولا خير فى أترجة بأترجة ولا بطيخة ببطيخة وزنا ولا كيلا ولا عددا وقول الشافعى اذا كان مما ييبس احتراز عما يكون رطبا أبدا الذى تقدم من كلامه وفى آخر كلامه هنا مايبين ذلك أيضاً فأنه قال فأذا كان من الرطب شيء لاييبس بنفسه أبدا

عليه فلو أقاماها صدقا فى الهلاك به وسيأتى ذكره فى الوديعة فاذا ادعى أحد الشريكين خيانة على الآخر لم تسمع الدعوى حتى يبين قدر ماخان به فاذا تبين سمعت والقول قول المنكر مع يمينه (الثانية) فى يد أحد الشريكين مال واختلفا فقال من فى يده انه لى وقال الآخر بل هو من مال الشركة وهذا

مثل الزيت والسمن والعسل واللبن فلا بأس ببعضه على بعض ان كان مما يوزن فوزنا وان كان مما يكال فكيلا مثلا بمثل ينبغي أن تضبط الأولى ييبس - بياء مضمومة ثم ياء مفتوحة ثم باء مشددة - والثانية - بياء مفتوحة ثم ياء ساكنة ثم باء مخففة مفتوحة - أي هو ييبس بنفسه وان كان يابساً غير آيل الى صلاح ولكنه لا ييبسه الناس ولذلك قال في باب الرطب بالتمر فيه وهكذا ما كان رطباً فرسك (١) وتفاح وتين وعنب واجاص وكمثرى وفاكهة لا يباع شيء منها بشيء رطباً ولا رطب منها بيابس ولا جزاف منها بمكيل ثم قال فيه أيضاً وهكذا كل مأكول لو ترك رطبا ييبس فينقص وهكذا كل رطب لا يعود تمرا بحال وكل رطب من المأكول لا ينفع يابساً بحال مثل الخربز والقثاء والخيار والفقوس والجزر والأترج لا يباع منه شيء بشيء من صنفه وزناً بوزن ولا كيلا بكيل لمعنى مافي الرطوبة من تغيره عند اليبس وكثرة ما يحمل بعضها من الماء فيثقل به ويعظم وقلة مايحمل غيرها فيضمر به ويجف واذا اختلف الصنفان منه فلا بأس « وقال في آخر هذا الباب » كل فاكهة يأكلها الآدميون فلا يجوز رطب بيابس من صنفها ولا رطب برطب من صنفها لما وصفته من الاستدلال بالسنة وقال في الأم أيضاً في باب الآجال في الصرف بعد أن قرر القول الجديد وجريان الربا في غير المكيل والموزون من المأكول والمشروب (قال) ولا يصح على قياس هذا رمانة برمانتين عدداً ولا وزنا ولا سفرجلة بسفرجلتين ولا بطيخة ببطيختين ولا يصح أن يباع منه جنس بمثله الا وزنا بوزن يداً بيد وظاهر هذا الاستثناء جواز بيع السفرجل والبطيخ بعضه ببعض وزنا وهو أيضاً ظاهر في أن المعتبر في ذلك الوزن دون الكيل لأن كلامه يشمل ما يمكن كيله وما لا يمكن فأن قوله منه أي من المأكول والمشروب غير المكيل والموزون وقد تقدم ذلك وكذلك حكى أكثر الاصحاب في ذلك قولين منهم الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي والمصنف وأتباعه والمتولي والبغوي والرافعي وآخرون وبعضهم من المراوزة يجعلها وجهين وقال الماوردي ان جمهور أصحابنا أنه لا يجوز بيعه رطبا برطب ولا رطبا بيابس وأن ابن سريج ذهب الى الجواز وأن ابن أبي هريرة كان يجعل مذهب ابن سريج قولا للشافعي ويخرج المسألة على قولين (أحدهما) جواز ذلك وهو المحكي عن ابن سريج تعليقا بأن الشافعي قال في موضع من كتاب البيوع ولا يجوز بيع البقل المأكول من

(١) الفرسك كزرج الخوخ أو ضرب منه اه مصححه

يقع عند ظهور الربح فيه أو قال المشترى اشتريته من الشركة وقال الآخر بل لنفسك وهذا يقع عند ظهور الخسران فالصدق المشتري لأنه أعرف بقصده ولو قال صاحب اليد قسمنا مال الشركة وهذا مختص بي وقال الآخر لم تقسم بعد وهو مشترك فالقول قول نافي القسمة لان الاصل بقاء الشركة وعلى مدعى القسمة البينة ولو كان في أيديهما أو في يد أحدهما مال وقال كل واحد منهما هذا نصيبي من

صنف إلامثلا بمثل (قلت) وقد تقدم من كلام الشافعي رحمه الله مايدل على ذلك (والثانى) وهو الصحيح من المذهب والمشهور من مذهب الشافعي أن بيع ذلك رطبا لايجوز بجنسه فعلى هذا لايجوز رمانة برمانتين ولا رمانة برمانة لعدم التماثل وفيه وجه أنه يجوز بيع رمانة برمانة متماثلين وزنا حكاه الرويانى وقال ليس بمشهور وقال نصر المقدسي فى تهذيبه قريبا مما قاله الماوردى فجعل الجواز من تخريج ابن سريج بعد أن جزم بالمنع وجعل ذلك تفريعا على قوله الجديد وقد أطبق الاصحاب على حكاية القولين فى ذلك كما حكاهما المصنف وممن حكاهما الشيخ أبو حامد والمحاملى وغيرهما وذكر الرويانى المسألة فى موضع آخر فى البقول خاصة تفريعا على الجديد وجعل المنع قول الشافعي والجواز قول ابن سريج وعلل قول ابن سريج بالقياس على اللبن وهذا أبلغ لأنه لايؤول الى صلاح بحال بخلاف اللبن ويمكن الذاهبين الى ترجيح المنع أن يؤولوا نص الشافعي الذى حكيته بأن المراد بيعها حالة الجفاف فانه لم يصرح بأن ذلك مع الرطوبة فان نصوصه على المنع أكثر من خراصتها والله أعلم (والاصح) من القولين على ماتقدم من كلام صاحب الحاوى وعند صاحب التهذيب والرافعي وابن داود شارح المختصر الاول وهو أنه لايجوز بيع بعضه ببعض وجزم به أبو الحسن بن حزان فى اللطيف والاصح عند جماعة الثانى أنه يجوز بيع بعضه ببعض وممن صحح ذلك الرويانى وقال فى البحر إنه المذهب والجرجانى فى الشافى وابن أبي عصرون فى الانتصار والمرشد قال الروياني وقيل القولان فيما لاينتفع بيابسه كالقثاء والبطيخ فأما فيما ينتفع بيابسه فقولا واحدا لايجوز رطبا قال الرويانى وهذا أقيس قال قال هذا القائل والمذهب أنه لايجوز بيع رطبه برطبه وانما نص الشافعي رضى الله عنه على اليابس بالرطب قصدا لأظهر الحالتين وأوضح المسألتين *

﴿ فرع ﴾ بيع الزيتون الرطب بالزيتون الرطب نقل الامام الجواز فيه عن صاحب التقريب وتابعه عليه وكذلك الغزالى جزم به وقد تقدم فى كلامى عدة من جملة مالا يجفف فيقتضى ذلك أجراء الخلاف الذى فيها فيه وتابعت فى ذلك بعض المصنفين ولايحضرنى فى هذا الوقت اسمه فان صح ذلك ثبت خلاف فيه والله سبحانه أعلم *

مال الشركة وأنت أخذت نصيبك حلف كل واحد منهما وجعل المال بينهما فان حلف أحدهما دون الآخر قضى له *

قال ﴿ واذا باع أحد الشريكين باذن الآخر عبداً مشتركا ثم أقر الذى لم يبع أن البائع قبض الثمن كله وهو جاحد فالمشترى برىء من نصيب المقر لاقراره * وللبائع طلب نصيبه من المشترى * فان استحلفه المقر فحلف أنه لم يقبض سلم له ماقبض * وان نكل حلف الخصم واستحق * ولو كانت

﴿فرع﴾ هذا الذى تقدم كله فى بيع الرطب من هذه الاشياء بالرطب أما لو باع رطبا بيابس كحب الرمان بالرمان فلا يجوز قولا واحدا لان أحدهما على هيئة الادخار والآخر ليس على هيئة الادخار فشابه الرطب والتمر هكذا قال الشيخ أبو حامد وقال لاخلاف على مذهبنا أنه لايجوز وجعل محل الخلاف فى الرطبين فقط (قلت) وعلى هذا يجب تأويل كلام الماوردى المتقدم قريبا فى قوله لايجوز بيعه رطبا برطب ولا رطبا بيابس وان ابن سريج ذهب الى الجواز فيكون مراده أن ابن سريج ذهب الى الجواز فى الرطب بالرطب فقط لانهما والله أعلم وكذلك نصر المقدسى لم يحكه عنه الا فى الرطبين والله أعلم *

﴿فرع﴾ البطيخ مع القثاء جنسان قاله فى التهذيب قال وفى القند(١) مع القثاء وجهان *

﴿فرع﴾ لو فرض فى هذا القسم التجفيف على ندور نعن القفال أنه لا يجرى فيه الربا على القديم وإن كان مقدرا فأن أكمل أحواله الرطوبة فلا ينظر إلى حالة الجفاف وتتبع هذه الحالة تلك فى سقوط الربا والظاهر خلافه (فاذا قلنا) إنه ربوى هل يجوز بيع بعضه ببعض فالذى جزم به الشيخ أبو حامد والمحاملي وصاحب العدة أنه يجوز متماثلا كالتمر بالتمر وحكي الأمام فى ذلك وجهين قال انهما مشهوران ورتبهما فى الوسيط على حالة الرطوبة وأولى بالجواز فيخرج من هذا الترتيب ثلاثة أوجه (جواز) بيع بعضه ببعض فى الحالتين رطبا ويابسا (والمنع) فى الحالتين (والمنع) رطبا والجواز يابسا وهى كالاوجه الثلاثة المتقدمة فيما يجفف نادراً مما يعتاد تجفيفه كالمشمش والخوخ (قال ابن الرفعة) ويجب طرد الوجه الرابع المذكور فى الرطب الذى لا يتتمر وهو أنه يباع رطبا ولا يباع يابسا يعني لما بينهما من المشاركة فى عدم اعتبار التجفيف فيه فان الكمال فيه فى حال الرطوبة ولله دره فقد صرح الأمام بأن الاوجه الاربعة تجرى فيه بمثابة الرطب الذى لا يجفف اعتيادا وكأن ابن الرفعة لم يقف على ذلك فى النهاية والله أعلم * ومن المعلوم أنه لو باع جنسا منها بجنس آخر كالهندبا بالنعنع صح نقدا كيف شاء وممن صرح به الرويانى ﴿فائدة﴾ كلام المصنف يشعر بان حالة الادخار هى الكمال ولذلك قال الغزالى كل فاكهة كمالها فى جفافها وهى حالة الادخار وقال الرافعى لما شرح ذلك

(١) القند نوع من القثاء اه مصححه

المسألة بحالها ولكن أقر البائع أن الذى لم يبع قبض الثمن كله لم يقبل اقرار الوكيل على الموكل وبرىء المشترى من مطالبة المقر بان شريكه قبض اذا كان شريكه أيضاً مأذوناً من جهته * ولم يبرأ من مطالبة الجاحد فله أخذ نصيبه من المشتري ﴾ *

إذا كان بين اثنين عبد فباعه أحدهما باذن الآخر وكان البائع مأذونا فى قبض الثمن أيضا أو قلنا إن الوكيل بالبيع يملك قبض الثمن ثم اختلف الشريكان في القبض فذلك يتصور على وجهين

إن طائفة من أصحابنا ذكروا لفظ الادخار وآخرون أعرضوا عنه ولاشك أنه غير معتبر بحالة التماثل في جميع الربويات ألا ترى أن اللبن لا يدخر ويباع بعضه ببعض فمن أعرض عنه فذاك ومن أطلقه أراد اعتياده في الحبوب والفواكه لا في جميع الربويات (قلت) وقد تقدمه الامام الى ذلك فقال ان بعض أصحابنا أجرى لفظ الادخار في ادراج الكلام وهو غير معتمد فان اللبن يباع ببعض وأراد الامام بذلك تقوية جواز بيع الرطب الذى لايدخر يابسه بعضه ببعض والصحيح أن ذلك لايجوز فالغزالى محتاج الى ذكره ليحترز به عما لايدخر يابسه وهو هذا القسم الذي فرغنا من شرحه فانه لا كمال له وان جف على أحد الوجهين وهو انما تكلم في الفاكهة فلا يشمل جميع الربويات أما اذا تكلم في حالة الكمال على الاطلاق فلا يستقيم أن يجعل ذلك ضابطا وضبط حالة الكمال على الأطلاق عسير وقد نبه الرافعى رحمه الله على عسرها فأنه لما شرح ذلك المكان قال فأذا تأملت ما في هذا الطرف عرفت أن النظر في حالة الكمال راجع الى أمرين في الاكثر (أحدهما) كون الشيء بحيث يتهيأ لأكثر الانتفاعات المطلوبة منه (والثانى) كونه على هيئة الادخار لكنهما لا يعتبران جميعا فان اللبن ليس بمدخر والسمن ليس بمتهيء لأكثر الانتفاعات المطلوبة من اللبن وكل واحد من المعنيين غير مكتفي به أيضا فان الثمار التى لا تدخر تتهيأ لاكثر الانتفاعات المطلوبة منه والدقيق مدخر وليسا على حالة الكمال ولاتساعدني عبارة ضابطة كما أحب في تفسير الكمال فان ظفرت بها الحقتها بهذا الموضع وبالله التوفيق هذا كلام الرافعى رضى الله عنه ولك أن تقول إنا اذا جعلنا المعتبر التهيء لاكثر الانتفاعات المطلوبة منه لايرد السمن وقول الرافعى انه ليس بمتهيء لأكثر الانتفاعات المطلوبة من اللبن صحيح لكن ذلك غير معتبر فان السمن عين أخرى غير اللبن كان اللبن مشتملا عليها فهو كالشيرج من السمسم وليس كالدقيق مع القمح ولا كالرطب مع التمر فان كلا منهما هو الآخر وانما تغيرت حالته فالرطب صار الى يبس وهو حالة تهيئه لاكثر الانتفاعات المقصودة منه والقمح صار الى تفرق فخرج عن تلك الحال وليس السمن هو اللبن حتى تعتبر فيه منافع اللبن بل تعتبر فيه الانتفاعات المقصودة

(أحدها) أن يقول الشريك الذى لم يبع للذى باع قبضت الثمن كله فسلم إلى نصيبي ويساعده المشترى على أن البائع قبض وينكر البائع فيبرأ المشتري عن نصيب الذى لم يبع لاعترافه بأن البائع الذى هو وكله بالقبض قد قبض ثم ههنا خصومة بين البائع والمشترى وخصومة بين الشريكين وربما تقدمت الاولي على الثانية وربما تأخرت فان تقدمت خصومة البائع والمشترى فطالب البائع المشترى بنصيبه من الثمن وادعي المشترى أنه أداه نظر ان قامت للمشترى بينة على الاداء اندفعت المطالبة عنه فان شهد له الشريك الذى لم يبع لم تقبل شهادته في نصيبه لأنه لو ثبت ذلك لطالب المشهود عليه

منه نفسه وهو متهيء لها (وأما) الفواكه التي لاتدخر فقد فهمت من كلام الشافعي مايخرجها وهو ما حكيته عنه قريبا (وقوله) انها خلقت مستحشفة والرطوبة التي فيها رطوبة طراءة فاذا زايل موضع اغتذائه عاد الى اليبس يعني أن الرطوبة فيه ليست طلقية لازمة له بل مفارقة بنفسها فلذلك تخيلت أناضابطا وهو أن يقال المعتبر في الكمال عدم الرطوبة المفارقة أو التغير المانعين من التماثل عن النداوة اليسيرة والتغير اليسير لكن يرد عليه الزيتون فانه كامل وان كان رطبا قال ابن الرفعة في ضابط حالة الكمال يصح أن يقال مايقصد جفافه وان أمكن تحصيل القوت أوالادم منه في حال رطوبته فكماله في حالة ادخاره وجفافه ويدخل فيه اللحم على النص ومالا يجفف بحال كالزيتون أولايمكن تجفيفه كاللبن فحالة كماله حالة رطوبته وقد تعرض له حالة كمال أخرى أو أكثر واذا جوزنا بيع الزبد بالزبد وليس يوصف كل واحد منهما أنه انتهى الى حالة جفاف وليس يصير اللبن زبدا أو سمنا ولا الزيتون زيتا كذلك وبذلك يتم المقصود فيما نظنه ولا ترد الثمار التي لاتجفف لأنها تؤكل تفكها فلم يكن بذلك اعتبار لانه لاتعم الحاجة اليها ولا يرد الدقيق لأن الاعتبار في المدخر بما يقصد غالبا فيه طالت مدته أو قصرت وادخار كل شيء بحسبه والغالب في الحب ادخاره حبا *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وفى الرطب الذى لايجيء منه التمر والعنب الذي لايجيء منه الزبيب طريقان (أحدهما) أنه لايجوز بيع بعضه ببعض لأن الغالب منه أنه يدخر يابسه ومالايدخر منه نادر فألحق بالغالب (والثاني) وهو قول أبي العباس أنه على قولين لأن معظم منفعته في حال رطوبته فكان على قولين كسائر الفواكه ﴾*

﴿ الشرح ﴾ الرطب والعنب على قسمين (منه) ماله جفاف وكمال في حالة جفافه وقد تقدم حكمه وأنه لايجوز بيع رطبه برطبه ولا بيابسه جزما ويجوز بيع يابسه بيابسه اتفاقا (ومنه) مالا يجفف في العادة ولو جفف لاستحشف وفسد لكثرة رطوبته ورقة قشره كالرقل وهو أردأ التمر والعمري وهو (١) والابراهيمي والهليات وكذلك العنب الذي لايجيء منه زبيب كالعنب البحري بأرض مصر فهذا

(١) بياض بالاصل حرر

بحقه وذلك جر نفع ظاهر وفي قبولها في نصيب الآخر قولان بناء على أن الشهادة هل تتبعض كما لو شهد أنه قذف أمه وأجنبية هل تقبل في حق الاجنبية وان لم تكن بينة فالقول قول البائع مع يمينه أنه لم يقبض فان حلف أخذ نصيبه من المشترى ولا يشاركه الذي لم يبع فيه لاقراره بأنه أخذ الحق من قبل وزعمه أن ماأخذه الآن أخذه ظلما وان نكل وحلف المشترى انقطعت الطلبة عنه وان نكل المشترى أيضا فعن ابن القطان وجه أنه لايؤاخذه بنصيب البائع لانا لانحكم بالنكول والمذهب خلافه وليس هذا حكم بالنكول وأن ماهو مؤاخذة له باقراره بلزوم المال بالشراء ابتداء ثم إذا انفصلت خصومة البائع والمشترى فلو جاء الشريك

القسم فيه شبه من الفواكه التي ليس لها جفاف لان غالب منافعه فى حال رطوبته وقد تقدم فيها قولان ويفارقها فى أن الغالب فى جنسه التجفيف ولادخار بخلافها ونادر كل نوع ملحق بغالبه فلذلك كان فى المسألة مغايرا لها واختلف الاصحاب فى الحاقه بها على طريقين (أحدهما) أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض لما ذكره المصنف وهذا هو المنصوص فى الام صريحا أن الرطب الذى لا يعود تمرا بحال لا يباع منه شيء بشيء من صنفه وقد تقدم حكاية ذلك ونسب العمراني هذه الطريقة الى أكثر اصحابنا ونسبها صاحب المجرد من تعليق أبي حامد الى أبي إسحق المروزي يقول إنه لا يجوز قولا واحدا وفى موضع آخر من المجرد قال انه لا يجوز بيع بعضه ببعض وزنا ولا كيلا لا يختلف القول فيه فكأنه اقتصر فى هذا الموضع على طريقة المروزى (والطريقة الثانية) أنه على القولين المتقدمين فى سائر الفواكه وهى التى ذكرها الشيخ أبو حامد عند الكلام فيما لا يكيل ولا يوزن وقال هو أسوأ حالا فهو على القولين وكذلك القاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ والرافعى وغيرهم صرحوا بحكاية القولين وقال القاضى أبو الطيب إن المنع هو القول المشهور الذي صرح به فى الام وأعادوا المسألة هنا فنسب الشيخ أبو حامد والمحاملى والرويانى وصاحب العدة القول بالجواز الى تخريج ابن سريج ونسبه القاضى أبو الطيب الى حكاية الاصحاب ونسب الجوزى القولين جميعا فى ذلك وفى البطيخ ونحوه من الفاكهة التى لا تصير الى حالة الجفاف والبقول الى تخريج ابن سريج وابن سلمة وأبى حفص فافاد زيادة ابن سلمة وأبى حفص ابن الوكيل وأبعد فى جعل القولين مخرجين فان القولين فى تلك الاشياء منصوصان كما تقدم وكذلك قول المنع هنا والماوردى قد تقدم عنه فى الفواكه الرطبة أنه جعل الجواز قول ابن سريج وقال عن ابن أبى هريرة انه كان يجعل مذهب ابن سريج قولا للشافعى ويخرج المسألة على قولين وذكر الماوردى مسألة الرطب الذى لا يصير تمرا بخصوصها فى مسألة بيع الرطب بالرطب وجعل الجواز قول ابن سريج وأبطله وبمقتضى هذه النقول يصح نسبة الطريقة الثانية الى ابن سريج وابن أبى هريرة وابن سلمة وابن الوكيل ولعل ابن سريج خرج ذلك واختاره فيصح

الذى لم يبع يطالب الذى باع بحقه بزعمه أنه قبض الثمن فعليه البينة ويصدق البائع أنه لم يقبض الا نصيبه بعد الخصومة الجارية بينهما فان نكل البائع حلف الذى لم يبع وأخذ منه نصيب نفسه ولا يرجع البائع به على المشترى لأن بزعمه أن شريكه ظالمه بما فعل ولا يمنع البائع من الحلف ونكوله عن اليمين فى الخصومة مع المشترى لأنها خصومة أخرى مع خصم آخر هذا اذا تقدمت خصومة البائع والمشترى وتلتها خصومة الشريكين فاذا تقدمت خصومة الشريكين فادعي الذى لم يبع قبض الثمن على البائع وطالبه بحقه فعليه البينة ولا تقبل شهادة المشترى له بحال لأنه يدفع عن نفسه فان لم

نسبة ذلك اليه والى تخريجه وكثير من الاصحاب لم يفرقوا بين المسألتين اعنى مسالة مالا يدخر يابسه ومسالة الرطب الذى لايجىء منه تمر بل اطلقوا الكلام اطلاقا يشملها واغرب ابن داود فحكى أن أبا العباس اختار أنه لايجوز بحال وحكى وجه الجواز ولم ينسبه الى أحد والذى يقتضيه ايراد الشيخ ابى حامد وابى الطيب والماوردى فى ذلك ترجيح المنع وحكاه الماوردىعن جمهور الأصحاب هذا مافى طريقة العراق وأما الخرسانيون فجمهورهم أيضاً مطبقون على حكاية الخلاف من غير ذكر الطريقة القاطعة وعبروا عن الخلاف بالوجهين ممن سلك هذا المسلك منهم القاضى حسين والفورانى والأمام والبغوى وصاحب العدة فى أحد الموضعين من كتابه والغزالى ووافقهم ابن داود شارح مختصر المزنى والرافعى سلك طريقة العراقيين فى حكايتها قولين ولم يحك الطريقة القاطعة واذا وقفت على ذلك استبعدت نسبة العمرانى الطريقة القاطعة الى أكثر الأصحاب وظهر لك أن طريقة الخلاف أشهر وهى أيضاً أظهر فأن القياس المقتضى لألحاق ذلك بالفواكه أقوى من الفارق الذى ذكر للتي قد ذكرت فيما تقدم أن نص الشافعى فى الفواكه على الجواز ليس صريحا فى أن ذلك فى حال الرطوبة بل هو محتمل لأن يحمل على حالة الجفاف ونصوصه على المنع هناك وهنا صريحة لاتحتمل فلا جرم كان الصحيح فى الموضعين المنع عند البغوى والرافعى وهو مقتضى إيراد أبى حامد وأبى الطيب والماوردى هنا كما تقدم وصحح جماعة الجواز منهم الجرجانى فى الشافى.وابن أبى عصرون فى الانتصار والمرشد وقال الامام أنه القياس وقال الرويانى فى البحر وهذا أظهر عندىولاشك أن من صحح قول المنع هناك فهو مصحح له ههنا وقد تقدم ذكرهموذكرمن جزم بذلك أيضا وهذا الذى صححه هؤلاء مخالف لنص الشافعىالصريح كاعلمتوهو ضعيفمن جهةالدليل أيضالعموم الحديث الثابت عن ابن عمران رسول الله ﷺ قال «لاتبيعوا الثمرة بالثمرة

يكن له بينة حلف البائع أنه ماقبض فان نكل حلف الذى لم يبع وأخذ نصيبه من البائع ثم اذا انفصلت خصومةالشريكين فلوطالب البائعالمشترى بحقه وادعى المشترى الأداء فعليه البينة فان لم تكن بينة حلف البائع وقبض حقه فان نكل حلف المشتري وبرىء ولا يمنع البائع من أنيحلف ويطالب من المشترى حقه نكوله فى الخصومة الأولى مع شريكه وعن حكاية الشيخ أبى على أنه يمنعه بناء على أن يمين الرد كالبينة أو كاقرار المدعى عليه ان كانت كالبينة فكأنه قامت البينة على قبضه جميع الثمن وإن كانت كالاقرار فكأنه أقر بقبض جميع الثمن وعلي التقديرين يمتنع عليه مطالبة المشتري وهذا ضعيف باتفاق الأئمة لأن اليمين انما تجعل كالبينة أو كالإقرار فى حق المتخاصمين وفيما فيه تخاصمهما لاغير ومعلوم أن الشريك انما يحلف على أنه قبض نصيبه فانهالذى يطالب به فكيف

ورواه الاسماعيلي فى المستخرج وقد تقدم التنبيه عليه وانه مضبوط هكذا بالهاء فى كل منهما والثمرة اسم عام يشمل ماله جفاف ومالا جفاف له يخرج من ذلك ماإذا اختلف الجنس كبيع العنب بالرطب (قوله) « اذا اختلفت الاصناف فبيعوا كيف شئتم » ويبقى فيما عدا ذلك على مقتضى الدليل وأيضا الوصف الذى جعل علة وهو قوله « اينقص الرطب اذا جف » ولا شك أن النقصان موجود فيما يجيء منه تمر وفيما لايجيء منه وذلك يشير الى أن التساوى فى حال الرطوبة لااعتبار به (وأما) كوننا نتحيذ الى التعليل بذلك نظرا الى أشرف حالاته وأكملها وهو حالة الجفاف وذلك مفقود فيما لايجيء منه تمر فهو وان كان معنى مناسب لـكنه لايقوى على معارضة الظاهر المستفاد من العموم ومن الوصف الذى جعل علة والله أعلم (التفريع) لو جفف هذا النوع على ندور (ان قلنا) بالجواز فى حال الرطوبة فهل يجوز أيضا فى حال الجفاف فيه وجهان (وجه) المنع أن الرطوبة فى هذا النوع هى الكمال والجفاف غير معتاد أصلا (وان قلنا) بالمنع وهو الصحيح ففى حال الجفاف أيضا وجهان (أحدهما) المنع فعلى هذا لايجوز بيع بعضه ببعض رطبا ولا يابسا لأنه لم يتقرر له حالة كمال والبيع الذى نحن نتكلم فيه نعتمد حالة الكمال فامكان الجفاف وجريانه أخرج حالة الرطوبة عن الكمال وعدم عموم ذلك أخرج حالة اليبوسة عن الكمال وكل من الخلافين مأخوذ من كلام الأمام فانه قال انه يجتمع فى المسألة أربعة أوجه يعنى (المنع) رطبا ويابسا والجواز رطبا ويابسا قال في الغاية مختصر النهاية

يؤثر يمينه فى غيره وعلي ضعفه فقد قال الامام رحمه الله القياس طرده فيما اذا تقدمت خصومة البائع والمشتري ونكل البائع وحلف المشتري اليمين المردودة حتى يقال ثبت للذى لم يبع مطالبة البائع بنصيبه من غير تجديد خصومة لـكون يمين الرد بمنزلة البينة أو الاقرار والله أعلم * فهذا أحد وجهى اختلاف الشريكين فى القبض (والوجه الثانى) أن يقول الشريك البائع للذى لم يبع قبضت الثمن كله وصدقه المشترى فأنكر الذى لم يبع فله حالتان (إحداهما) أن يكون الذى لم يبع مأذونا من جهة البائع فى قبض الثمن فيبرأ المشترى عن نصيب البائع لاعترافه بأن وكيله قد قبض ثم تعرض خصومتان كما فى النزاع الأول فأن تخاصما الذى لم يبع والمشترى فالقول قول الذي لم يبع فى نفى القبض فيحلف ويأخذ نصيبه ويسلم له المأخوذ وان تخاصم البائع والذى لم يبع حلف الذى لم يبع فان نكل حلف البائع وأخذ منه نصيبه ولا رجوع له على المشترى وكل ذلك كما مر فى النزاع الأول ولو شهد البائع للمشترى على القبض لم تقبل لأنه يشهد لنفسه علي الذى لم يبع والحالة الثانية أن لا يكون الذى لم يبع مأذونا من جهة البائع فى القبض فلا تبرأ ذمة المشتري عن شيء من الثمن أما عن حق الذى لم يبع فلأنه منكر فى القبض ومصدق فى انكاره بيمينه وأما عن الذى باع فلأنه لم يعترف

وهو

وهو القياس والمنع رطبا فقط وعكسه لكنه فرضها فى الرطب الذى لو جفف فسد ولم يبق فيه انتفاع يحتفل به فمن المعلوم أنه لابد من المنفعة التى هى شرط فى كل بيع وإنما مراده والله أعلم بصورة المسألة أن نقل منفعته ولهذا قال لايحتفل بها (اما) لو وصل الى حالة لاينتفع به أصلا لم يجز بيعه بجنسه ولا بغيره ولم يأت فيه فى حال رطوبته الا القولان الأصليان ان يباع بعضه ببعض أو لايباع أصلا وهو الصحيح وقد تقدم نظير المسألة فى الفواكه وحكى الامام فيها ثلاثة أوجه (الاول) وقال إنه لم يصر أحد من أئمة المذهب الى الرابع المذكور ههنا والفارق ماتقدمت الاشارة اليه أن الرطب لم يعتد فيه الجفاف أصلا بخلاف المشمش والخوخ ونحوه فانه معتاد وان كان قليلا وكتب هناك عن جماعة من الأصحاب أنهم جزموا بالجواز فى حالة الجفاف (وأما) هنا فى الرطب الذى لايجيء منه تمر فقل من تعرض لهذا الفرع غير الامام وعذرهم فى السكوت عنه فرض المسألة فى رطب لايصير تمرا. فان فرض ماذكره الامام وان الرطب ييبس وصارت فيه منفعة تقابل بالاعواض وان لم تكن هى المقصودة منه فينبغى أن يجوز بيع بعضه ببعض وان منعنا بيع رطبه برطبه لانتفاء النقصان الذى أشار الحديث الى أنه علة المنع والله أعلم *

بقبض صحيح ثم لايخلو إما أن يكون البائع مأذونا من جهة الذى لم يبع فى القبض أو لايكون مأذونا ايضا (القسم الاول) أن يكون مأذونا فله مطالبة المشترى بنصيبه من الثمن ولايتمكن من مطالبته بنصيب الذى لم يبع لأنه لما أقر بقبض الذى لم يبع نصيبه فقد صار معزولا عن وكالته ثم اذا تخاصم الذى لم يبع والمشتري فعلى المشترى البينة على القبض وان لم تكن البينة فالقول قول الذى لم يبع فاذا حلف ففيمن يأخذ حقه منه وجهان (قال) المزنى وابن القاص وآخرون إن شاء أخذ تمام حقه من المشترى وان شاء شارك البائع فى المأخوذ وأخذ الباقى من المشترى لان الصفقة واحدة فكل جزء من الثمن شائع بينهما فان أخذ بالحصة الثانية لم يبق مع البائع إلا ربع الثمن ويفارق هذا مااذا كان الذي لم يبع مأذونا فى القبض حيث لايشاركه البائع فيما يأخذه من المشترى لان زعمه أن الذى لم

﴿ حديث ﴾ أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين أحمد من طريق عمرو بن دينار عن أبى المنهال أن زيد بن أرقم والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فامرهما ان ما كان بنقد فاجيزوه وما كان بنسيئة فردوه وهو عند البخارى متصل الاسناد بغير هذا السياق (تنبيه) في سياقه دليل على ترجيح صحة تفريق الصفقة وفي الباب عن عبد الله اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نصيب يوم بدر الحديث أخرجه أبو داود والنسائي *

﴿ فرع ﴾ بيع الرطب الذى لايجىء منه تمر بالرطب الذى يصير تمرا وكذلك بيع الرمان الحلو بالحامض قال القاضى حسين فيه وجهان مرتبان على بيع الرطب الذى لايتتمر بمثله (ان قلنا) هناك لايجوز فههنا أولى (وان قلنا) يجوزفههنا وجهان والفرق أنلأحدهماحالة الـكمال ههنا وليس للآخر ذلك فلم يستويا فى أكمل حالتيهما بخلاف الذى لايتتمر اذا بيع بمثله قال ابن الرفعة ومن ذلك يحصل فى بيع الرطب الذى لايتتمر بالرطب ثلاثة أوجه (ثالثها) يجوز بمثله ولايجوز بمايتتمر * ومن المعلوم أن الـكلام فى هذه المسألة مفرع على غير رأى المزنى الذى اختاره الرويانى فانه يجوز الرطب بالرطب مطلقا والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ بيع الرطب الذى لايجىء منه تمر بالتمر هل يجرى فيه الخلاف أولا قد تقدم قول الشيخ أبى حامد فى الفواكه وان بيع حب الرمان بالرمان غير جائز قولا واحدا ومقتضى ذلك أنه لايجوز بيع الرطب المذكور بالتمر قولا واحدا أيضا فانه لافرق بينهما وكذلك قال امام الحرمين انه لم يختلف أئمتنا فى منع بيع الرطب الذى لايجفف بالتمر وان ذلك مدلول كلامهم ولم نجد لهم فيه نصا ورأى أن القياس يقتضى تجويزه عند من يجوز بيع الرطب بالرطب اذا كان لايجفف وتبعه الغزالى على ذلك وجعله منقدحا و يمكن الجواب عنه بأن المساواة بين الرطبين عند ذلك القائل حاصلة ولا كمال له غيرها فجاز بيعه (وأما) الرطب بالتمر فلا يمكن دعوى المساواة بينهما لأنا نعلم أن فى الرطب مائية ليست فى التمر فيحصل التفاوت قطعا مع دخوله تحت النهى عن بيع الرطب بالتمر وقال ابن أبى الدم فى شرح الوسيط سمعت فيما يغلب على ظني فيه وجهين أنه يجوز بيع رطبه بالتمر وتوجيهه ظاهر لأنه ان كان لايتتمر وكان كماله فى هذه الحال ويجوز بيع بعضه ببعض صار بمنزلة التمر فاذا جاز بيع التمر بالتمر لانه حالة كمالها جاز بيع هذا الرطب بالتمر لانه حالة كمالها وذكر أن كلام الامام المتقدم يشعر بالخلاف الذى حكاه (قلت) أما كلام الامام فانما أراد به ما أبداه من القياس عنده (وأما) ماذكره من التوجيه فقد تقدم مافيه جواب عنه ولا ينهض المعنى الذى يخصص نهيه عن بيع الرطب بالتمر والله أعلم *

يبع ظالم فيما أخذه فلا يشاركه فيما ظلم به قال ابن سريج وغيره ليس له الا أخذ حقه من المشتري ولا يشارك البائع فيما أخذه لان البائع قد انعزل عن الوكالة بأقراره وأن الذي لم يبع قبض حقه فمايأخذه بعد الانعزال يأخذه لنفسه خاصة وهذا كلام استحسنه الشيخ أبو حامد والشيخ أبو على لكن أبو على قال انه وان انعزل فالمسألة تحتمل وجهين بناء على أن مالكي السلعة إذا باعاها بصفقة واحدة هل ينفرد أحدهما بقبض حصته من الثمن فيه وجهان (أحدهما) لابل اذا انفرد بأخذ شيء شاركه

﴿ فرع ﴾ جعل القاضي حسين البطيخ الذى لايفلق والقثاء والقثد فى التمثيل مع الرطب الذى لايتتمر والعنب الذي لايصير زبيبا وقال فى الكل لايجوز بيع بعضه ببعض عددا وجزافا وهل يجوز وزنا فيه وجهان وعلل المنع بأنه لم يعرف له معيار فى الشرع *

﴿ فرع ﴾ قال الامام وقال صاحب التقريب بيع الزيتون بالزيتون جائز فانه حالة كماله وليس له حالة ولكن يعصر الزيت منه وليس ذلك من باب انتظار كمال فى الزيتون فانه تفريق يطرأ به وبغيره كما يستخرج السمن من اللبن قال الامام والامر على ماذكره (فائدة) تعرف بها مراتب الانواع المذكورة على طريقة العراقيين مايجفف ويدخر عادة كله قسم واحد ويليه فى المرتبة مالا يدخر من الفواكه غير الرطب والعنب ويليه الرطب والعنب اللذان لايجففان لما ذكر بينهما من الفرق (وأما) الخراسانيون فالذي يقتضيه ايراد الامام أن مايجفف ويدخر عادة غالبه قسم ويليه مايعتاد تجفيفه ولكن معظم المقصود منه الرطب ويليه مالا يعتاد تجفيفه أصلا ويضطربون فى التمثيل مع اتفاقهم علي أن المشمش والخوخ من القسم الثانى وأدخل القاضى حسين معه فى التمثيل الكمثرى والبطيخ الحلبى الذى لايتفلق والرمان الحامض وجزم أنه لايجوز بيعها فى حال الرطوبة وتردد حالة الجفاف والقثاء من القسم الثالث وقال نصر المقدسى مايمكن تجفيفه كالاجاص الفبرصى والخوخ والقراصيا والتين * قال المصنف رحمه الله *

﴿ وفي بيع اللحم الطرى باللحم الطرى أيضا طريقان (أحدهما) وهو المنصوص أنه لا يجوز لأنه يدخر يابسه فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب (والثانى) وهو قول أبى العباس أنه علي قولين لان معظم منفعته فى حال رطوبته فصار كالفواكه ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ صورة المسألة فى بيع اللحم بلحم من جنسه ان قلنا ان اللحوم أجناس وهو الصحيح أو مطلقا على القول الآخر (أما) اذا قلنا إنها أجناس وباعه بغير جنسه فانه يجوز متماثلا ومتفاضلا رطبين ويابسين ورطبا ويابسا وزنا وجزافا لاشك فى ذلك وممن صرح به القاضى أبو الطيب والقاضى حسين وانما مقصود المصنف اذا كانا من جنس واحد أو على القول الآخر كما نبهت عليه * اذا عرف ذلك فقد قال الشافعى رحمه الله فى الام فى بيع الآجال ولا خير فى اللحم الطرى بالمالح والمطبوخ ولا باليابس

الآخر فيه كما أن الحق الثابت للورثة لاينفرد بعضهم باستيفاء حصته منه ولو فعل شاركه الآخرون فيه وكذا لو كاتبا عبدهما صفقة واحدة لم ينفرد أحدهما باخذ حقه من النجوم (والثانى) نعم كما لو باع كل واحد منهما نصيبه بعقد مفرد ويخالف الميراث والكتابة فانهما لايثبتان فى الاصل بصفة التجزىء اذ لاينفرد بعض الورثة ببعض أعيان التركة ولا تجوز كتابة بعض العبد فلذلك لم يجز التجزىء فى القبض ولو شهد البائع للمشترى على أن الذى لم يبع قد قبض الثمن فعلى قول المزني

على كل حال ولا يجوز الطرى بالطرى ولا اليابس بالطرى حتى يكونا يابسين أو حتى تختلف أجناسهما وقال أيضا فيه فاذا كان منهما شيء من صنف واحد مثل لحم غنم بلحم غنم لم يجز رطب برطب ولا رطب بيابس وجاز اذا يبس فانتهى يبسه بعضه ببعض وزنا وقال في باب ماجاء في بيع اللحم لا يجوز منه لحم ضائن بلحم ضائن رطل برطل أحدهما يابس والآخر رطب ولا كلاهما رطب لانه لا يكون اللحم ينقص نقصانا واحدا لاختلاف خلقته ومراعيه التي يغتذى منها لحمه فيكون منها الرخص الذي ينقص اذا يبس نقصانا كثيرا والغليظ الذي يقل نقصه ثم يختلف غلظهما باختلاف خلقته ورخصهما باختلاف خلقته فلا يجوز لحم أبدا الا يابسا قد بلغ اباه بيبسه وزنا بوزن من صنف واحد فلا جرم قال المصنف والاصحاب ان المنصوص انه لا يجوز وحكى الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم قول أبي العباس أن فيه قولا آخر وجعله الشيخ أبو حامد في بعض المواضع من تخريج أبي العباس ثم قال الشيخ أبو حامد وهذا غلط والصحيح ماذكره الشافعى رحمه الله وقال القاضى أبو الطيب ان ذلك مما ليس بمشهور وليس بصحيح ونسب الماوردي والرافعى ذلك الى ابن سريج من غير ذكر نقل ولا تخريج وكذلك القاضي حسين والروياني وفرق الشيخ أبو حامد وغيره من الاصحاب بين ذلك وبين الفواكه لانها اذا يبست لاتكون فيها المنافع التي تكون فيها حال رطوبتها واللحم كل ما يكون منه وهو رطب يكون منه وهو يابس وزيادة وهو أنه على هيئة الادخار فاشبه الرطب بالرطب وفرقوا بينه وبين اللبن فانه ليس للبن حالة أخرى ينتهي اليها واللحم له حالة ادخار ينتهي اليها وقال المحاملي ان سائر أصحابنا يعني غير ابن سريج ذهبوا الى أنه لا يجوز بيع ذلك رطبا بحال وفرقوا بينه وبين الثمار بما تقدم ونسب الروياني في الحلية الجواز الى ابن سريج وغيره قال وهو الاختيار وممن صحح الطريقة الاولى الشيخ أبو حامد في التعليق والقاضى أبو الطيب والماوردى فانهما قالا عن قول ابن سريج إنه ليس بصحيح والقاضى حسين وامام الحرمين وقال انه الذي قطع به معظم الاصحاب وانه ظاهر المذهب في تعليق أبي حامد والروياني في البحر وصاحب العدة وصاحب التتمة وحكى هو وغيره قول الجواز عن ابن سريج ولم يذكر أنه خرجه ولا حكاه

لاتقبل شهادته لان يدفع بها شركة صاحبه فيما أخذه وعلى ماذكره ابن سريج تقبل (والقسم الثاني) أن لا يكون البائع ماذونا في القبض قال أصحابنا العراقيون للبائع مطالبة المشترى بحقه ههنا وما يأخذه يسلم له وتقبل ههنا شهادة البائع للمشترى على الذى لم يبع وقياس البناء الذى ذكره الشيخ أبو على عود الخلاف في مشاركة صاحبه فيما أخذه تخريج قبول الشهادة على الخلاف ويجوز أن يستفاد من جوابهم ترجيح الوجه الصائر الى الاصل المبني عليه أن كل شريك ينفرد بقبض

وجزم جماعة بالمنع ولم يحكوا خلافا منهم الفوراني في الأبانة والعمدة والبغوى فى التهذيب والجرجاني في الشافي وابن أبي عصرون وأبو الحسن بن خيران فى اللطيف وسليم فى الكفاية والماوردى فى فى الأقناع و نصر القدسى فى الكافى ووجه قول الجواز بألحاقه بما جفافه نادر وفى المجرد قال عن قول الجواز وليس بشيء وأطلق المحاملي في اللباب والشيخ ابو حامد فى الرونق أن بيع اللحم الرطب بالرطب متماثلين جائز وهذا بعمومه يشمل الجنس الواحد والجنسين (فأما) في الجنسين فصحيح (وأما) في الجنس الواحد فهو مخالف لما قال الأولون وهو موافق لما اختاره الروياني في الحلية وخالف أبو حنيفة رحمه الله في ذلك فجوز بيع اللحم باللحم طريا على ماحكاه الفوراني في العمد وكذلك جوز اللحم النيء بالمشوى قال صاحب العدة والمسألة تبني على بيع الرطب بالتمر *

﴿ فرع ﴾ قال الروياني بعد ما ذكر حكم بيع اللحم باللحم رطباً ويابساً وبيع الشحم بالشحم والألية بالألية كاللحم باللحم وأصح الوجهين فى مذهب أحمد جواز بيع اللحم الطرى بعضه ببعض *

﴿ فرع ﴾ بيع اللحم الطرى باليابس أيضا لايجوز كبيع الطرى بالطرى نص عليه المحاملى فى اللباب والقاضى حسين فى التعليق والقاضى أبو الطيب فى التعليق والجرجانى والرويانى وغيرهم وظاهر كلامه أن خلاف ابن سريج فيه أيضاً فأنه قال اذا باع بعضه ببعض رطبا برطب فالمذهب أن البيع باطل وكذلك اذا كان أحدهما رطباً والآخر يابساً وقال ابن سريج فيه قول آخر يجوز وكذلك كلام الماوردى المتقدم وظاهر هذا الكلام جريان خلاف ابن سريج فى الرطب باليابس وهو مخالف لما تقدم عن الشيخ أبي حامد و إمام الحرمين فى نظيره ومؤيد ان صح للاحتمال الذى أبداه الامام وينبغى أن يقول على خلاف ابن سريج عائد الى الاول فقط والثانى ذكره على سبيل الاستطراد وقد تقدم التنبيه على ذلك *

﴿ فرع ﴾ بيع الشحم بالشحم والألية بالألية كبيع اللحم باللحم قاله المتولى والرويانى *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ فان باع منه ما فيه نداوة يسيرة بمثله كالتمر الحديث بعضه ببعض جاز بلا خلاف لأن ذلك لايظهر فى الكيل وإن كان مما يوزن كاللحم لم يجز لانه يظهر فى الوزن ﴾ *

حصته على أنى رأيت في فتاوي الحناطى حكاية وجه أن أحد الموارثين أيضا اذا قبض من الدين قدر حصته لم يشاركه الآخر الا أن يأذن له المديون فى الرجوع عليه أو لايجد مالا سواه هذا فقه المسألة واعلم ان المزنى أجاب فى الوجه الثانى من اختلاف الشريكين بان المشترى يبرأ من نصف الثمن باقرار البائع أن شريكه قد قبض لانه فى ذلك أمين وظاهر هذا يشعر بسقوط نصيب الذى لم يبع

﴿ الشرح ﴾ مقصود المصنف الكلام على ما يمنع بيع رطبه برطبه أو بيابسه من الأشياء المتقدمة اذا وصل الى حالة اليبس هل يشترط تناهي اليبس أو يكتفى بما دون ذلك وما الضابط فيه وقد فرق في ذلك بين المكيل والموزون وذلك مأخوذ من كلام الشافعي رضي الله عنه قال الشافعي في الأم في باب بيع الآجال ولا خير في التمر بالتمر حتى يكون ينتهي يبسه وان انتهى يبسه إلا أن بعضه أشد انتفاخا من بعض فلا يضره اذا انتهى يبسه كيلا بكيل وقال فبين الشافعي أنه لا بد من انتهاء اليبس وقال في باب ما جاء في بيع اللحم (فان) قال قائل فهل يختلف الوزن والكيل فيما بيع يابسا قيل يجتمعان و يختلفان (فان قيل) قد عرفنا حيث يجتمعان فاين يختلفان (قيل) التمر اذا وقع عليه اسم اليبس ولم يبلغ إناه يبسه فبيع كيلا بكيل لم ينتقص في الكيل شيئاً واذا ترك زماناً نقص في الوزن لأن الجفوف كما زاد فيه كان أنقص لوزنه حتى يتناهى قال وما بيع وزنا فانما قلت في اللحم لا يباع حتى يتناهى جفوفه لأنه قد يدخله اللحم باللحم متفاضل الوزن أو مجهولا وان كان ببلاد ندية فكان اذا يبس ثم أصابه الندى رطب حتى يثقل لم يبلغ وزنا بوزن رطباً من ندى حتى يعود الى الجفوف وحاله اذا حدث الندى فزاد في وزنه كحاله الأولى ولا يجوز أن يباع حتى يتناهى جفوفه كما لم يجز في الابتداء اه وقد ذكر الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والماوردي وغيرهم الفرق الذى ذكره الشافعي رحمه الله هذا وفرقا آخر للأصحاب أن التمر وان كان فيه رطوبة فهو اذا ترك على ما هو عليه وادخر على حاله لم يضره ذلك واللحم اذا كان فيه نداوة فادخر على حالته عفن وفسد وفسر الشافعي في الأم انتهاء جفاف اللحم بأن يملح و يسيل ماؤه فذلك انتهاء جفافه ولا يحصل من هذا اللفظ كمال المقصود في البيان والذى نحكيه عن الاصحاب أصرح وقد اتفق الأصحاب على

كما أن في الوجه الاول من اختلافهما يسقط نصيب الذى لم يبع والاصحاب فيما اطلقه فرقتان فطلقه فرقة منها ابن سريج وابو اسحق وقالت إنه نقل هذه المسألة من كتب أهل العراق فانهم يقبلون إقرار الوكيل على الموكل باستيفاء الثمن والبائع وكيل الذى لم يبع فيسقط باقراره أن الموكل قدقبض حقه (فأما) على أصل الشافعي رضي الله عنه فان اقرار الوكيل على الموكل غير مقبول فلا يسقط باقرار البائع حق الذى لم يبع (وفرقة) أو ات كلامه وهم قولان عن ابن أبي هريرة وغيره أنه ماأراد بقوله برىء المشترى من نصف الثمن البراءة المطلقة وانما أراد براءة مطالبة البائع بالنصف لأن زعمه أن شريكه قد قبض حقه فلا يمكنه المطالبة به (ومنهم) من حمله على ما إذا كان الذى لم يبع مأذونا من جهة البائع في القبض أيضا فاذا أقر البائع بان شريكه قبض وقد أقر بقبض وكيله فعلى هذا فالنصف الساقط هو نصيب المقر كما في الاختلاف الاول * واعلم أن المسألة لااختصاص لها بالشركة المعقود لها الباب وانما هي موضوعة في مطلق الشركة (وقوله) في الكتاب فان نكل حلف الخصم واستحق

الحكمين اللذين ذكرهما المصنف وقال الروياني فى البحر لو باع التمر الحديث بالتمر العتيق قال بعض أصحابنا يجوز لان النقصان يسير فيعفي كقليل التراب فى التكيل قال وهذا لا يصح والتحقيق أنه ينظر فان كان اذا جف تاماً ينقص وزنه ولا يتقلص حبه ولا يظهر فى الكيل فيجوز لانه لا اعتبار بالوزن فيه وان كان يتقلص حبه ويظهر ذلك فى الكيل فلا يجوز (قلت) وهذا التفصيل متعين وهو مراد من أطلق المسألة وليس ذلك خلافا والله أعلم * ولذلك شبهوه بالتراب والتراب لو كان كثيراً بحيث يوجب التفاوت فى البيع منع والله أعلم * وممن صرح بهذا التفصيل صاحب التتمة والرافعى قال صاحب التتمة ان كان بحيث اذا طرح فى الشمس تنقص حبته لا يصح وان كان لا تنقص حبته وانما ينقص وزنه فيصح وكذلك صرح بمسألة اللحم وانه يشترط تناهي جفافه كما ذكره الشافعي والأصحاب والقاضى فى كتاب الارشاد صرح أيضا بأن التمر الحديث اذا لم يبلغ النهاية فى الضمورة لا يجوز بيعه بالعتيق وفى معني التمر كل مكيل كالحنطة وغيرها وقد أطلق الرافعى فى بيعها أنه يشترط تناهى جفافها وان التي لم يتم تناهى جفافها وان فركت وأخرجت من السنابل لا يجوز بيع بعضها ببعض وينبغى أن يحمل ذلك على ما اذا كان فيها من البلل مايوجب التفاوت فى الكيل اذا جففت أما اذا فرض نداوة يسيرة لا يظهر بسببها أثر فى الكيل فيجوز كالتمر إذ لا فرق بينهما وبمقتضى الاصل الذى قرره الشافعى قريبا من الفرق بين المكيل والموزون فى ذلك قال صاحب التهذيب يجوز بيع الحديث بالعتيق لأن العتاقة بعد حصول الجفاف ان أثرت إنما تؤثر فى خفة الوزن لا فى تصغير الحبة فلا يظهر ذلك فى الكيل فأن كان فى الحديث نداوة لو زالت لظهر ذلك في الكيل لم يجز فلا يعتقدون فى المسألة خلافا كما أشعر به كلام الروياني بل المفصلون والمطلقون كلامهم منزل على شيء واحد والله أعلم * ودل كلام الشافعي المتقدم علي أن النداوة المانعة من بيع اللحم بعضه ببعض لا فرق بين أن تكون قبل جفافه أو طارئة عليه بعد جفافه لعارض والامر كذلك بلا خلاف بين أصحابنا فأنه اذا كان يابسا

أى نكل البائع وحلف الذي لم يبع واستحق نصيبه على شريكه (وقوله) فى الصورة الثانية لم يقبل اقرار الوكيل على الموكل الوكيل ههنا هو الذى باع والموكل هو الذى لم يبع وقوله بريء المشترى من مطالبة المقر بان شريكى قبض الى آخره قد يوهم مغايرة هذه اللفظة لقوله فى الصورة السابقة المشترى يبرأ من نصيب المقر لاقراره فرق بينهما في هذا الحكم ولا فرق وليس فى تغاير اللفظين فقه (وقوله) ولم يبرأ من مطالبة الجاحد كالشرح والايضاح للامر والا ففى قوله لم يقبل اقرار الوكيل على الموكل مايفيده فأنه اذا لم يقبل اقرار البائع عليه ففى حقه ومطالبته بحالها و يجوز أن يقال قوله لم يقبل اقرار الوكيل على الموكل إشارة الى القاعدة الكلية فى الوكلاء والموكلين (وقوله) ولم يبرأ من مطالبة الجاحد بيان قياس تلك القاعدة وثمرتها فيما نحن فيه *

فحمل الى مكان ندى فتندى صار كالطعام المبلول فيمتنع بيع بعضه ببعض وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب *

﴿ فرع ﴾ مذهبنا ومذهب مالك ومحمد بن الحسن والليث بن سعد أنه لايجوز بيع الحنطة المبلولة باليابسة لاخلاف عندنا في ذلك سواء طرأ البلل عليها أو كانت رطبة من الاصل وهى الفريك وقال الامام أبو حنيفة رحمه الله يجوز مطلقا وفصل محمد رحمه الله وقد تقدم تفصيله عند بيع الرطب بالتمر ثم اذا جفت بعد البل قال الرافعي لم يجز أيضاً لتفاوت قمحها حالة الجفاف وفى كلام القاضي أبي الطيب قال لايجوز بيعها حتى تجف وهذا يوهم أنه يصح بعد الجفاف فلعل مراده بالبلل الرطوبة الأصلية فيصح إن يقال أن البيع مغيا بالجفاف وأما البلل الطارىء فقد جزم الرافعي بالمنع وان جفت كما عرفت وقال الامام لو بلت الحنطة فنحى منها قشرها بالدق والتهريش وهى الكشك قال الائمة هى الدقيق فانها تفسد على القرب ولو بلت ثم جفت ولم تهرش فانها تسح فى جفافها على تفاوت يفضى الى الجهل بالمماثلة قيل وان كان كذلك فالوجه المنع فى الحاورش اذا نحتت منه القشرة انتهى كلام الامام *

﴿ فرع ﴾ اذا انتهى يبس التمر وكان بعضه اشد انتفاخا من بعض لم يضر نص عليه الشافعي فى باب بيع الآجال من الام (فائدة) الحديث هو الجديد من الاشياء قاله ابن سيده *

﴿ فرع ﴾ قال الرافعي اذا منع بمجرد البل بيع بعض الحنطة ببعض فالتى نحتت قشرتها بعد البل بالتهريش أولى بان لايباع بعضها ببعض قال الامام وفى الحاورش عندى احتمال اذا نحتت قشرتها * واعلم أن المصنف رحمه الله اقتصر فى هذا الفصل علي حكم بيع اللحم الطرى مافيه نداوة وأما اذا تناهى جفافه فنذكره من بعد قبل آخر الباب بفصل والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ نتأسى فى ختم الكتاب بالمزني والأصحاب وإن لم يكن له كبير اختصاص بالباب عبد بين رجلين غصب غاصب نصيب أحدهما بأن نزل نفسه منزلته وأزال يد صاحبه يصح من الذى لم يغصب نصيبه بيع نصيبه ولا يصح من الأخر بيع نصيبه إلا من الغاصب ولو باع الغاصب والذى لم يغصب نصيبه جميع العبد فى عقد واحد بطل في نصيب الغاصب وصح فى نصيب المالك ولا يخرج على الخلاف فى تفريق الصفقة لأن الصفقة تتعدد بتعدد البائع ومنهم من قال ينبني القول فى نصيب المالك على أن أحد الشريكين إذا باع نصف العبد مطلقا ينصرف إلى نصيبه أو يشيع وفيه وجهان وهذه المسألة مذكورة فى الكتاب فى باب العتق (فأن قلنا) ينصرف إلى نصيبه صح بيع المالك فى نصيبه (وإن قلنا) بالشيوع يبطل البيع فى ثلاثة أرباع العبد وفى ربعه قولان ولاينظر إلى هذا البناء فيما إذا باع المالكان معا وأطلقا ولا يجعل كما إذا أطلق كل واحد منهما بيع نصف العبد لأن هناك تناول العقد الصحيح جميع العبد *

﴿ فهرست الجزء العاشر من تكملة المجموع (شرح المهذب) للامام السبكي رضي الله عنه ﴾

صحيفة

صحيفة

﴿ انتهى ﴾



﴿ فهرست الجزء العاشر من كتاب فتح العزيز (شرح الوجيز) للرافعي والتلخيص الحبير للعسقلاني ابن حجر ﴾

صحيفة

﴿ انتهى ﴾

بعونه تعالى قد تم طبع الجزء العاشر من ﴿ تكملة المجموع ﴾ شرح المهذب للامام السبكي رضى الله عنه : وذلك (بمطبعة التضامن الأخوى) الكائن مركزها بمصر بشارع كفر الزغارى عطفة الشماع رقم ٨ بالحسين فى شهر ذى القعدة سنة ثمان وأربعين وثلثمائة وألف هجرية على صاحبها أفضل السلام وأزكى التحية آمين ويليه الجزء الحادى عشر.

وأوله من المجموع قول المصنف رحمه الله فصل وأما العرايا وهو بيع
الرطب على النخل ومن كتاب الشرح الكبير للرافعى
وكتاب التلخيص الحبير للعسقلانى
ابن حجر (كتاب الوكالة)
والله ولى التوفيق

م

﴿ بيان الخطأ الواقع فى الجزء العاشر من تكملة المجموع (شرح المهذب) للامام السبكي رضى الله عنه ﴾

صحيفة	سطر	خطا	صواب
٢	١	وصبحه	وصحبه
»	٥	واستعفر	واستغفر
٧	٣	الحرفى	الخرقي
»	»	ر قدامه	بن قدامه
»	٨	ومن صحيح	وصحيح
»	١١	للبطرانى	للطبرانى
»	١٢	الاسير	الأثير
٨	٢	الدينى	المدينى
»	٤	والمنيفى	والمنتقى له
١١	١	قالن اختيار	قال فأن اختيار
١٦	٨	اذ أجاز	اذا أجاز
١٧	١٣	اليمين	واليمين
١٨	١٣	فيه فيه نظر	فيه نظر
٢٠	٣	ما جزمه	ماجزم به
٢٣	١٣	فى الأحناس	فى الأجناس
٣٠	٤	رويتنا	روايتنا
٣١	٧	وأما النسئة	وأما النسيئة
٣٨	١٧	بأسبناد	بأسناد
٤١	٨	وهو	وهم
٤١	١٤	السفناقى	الميرغيناني
٤٣	١٥	الرارى	الرازى
٦١	١٠	فتصله	فتصلة
٦٢	٤	حديت	حديث

صحيفة	سطر	خطا	صواب
٦٢	١١	أوره	أورده
٦٦	٤	لا تشفوا	لا تبيعوا
٦٩	١	نقدم	تقدم
٧٣	٧	حبارني من الغاية	خازني من الغابة
٧٤	٦	امالك بن	ابن مالك
٧٦	١	بن قول	من قوله
٧٧	١٧	معقيب	معيقيب
٨٤	١١	ولدي	ولذي
٨٥	١٤	تحريم	تحرير
٧٨	٥	الحيف	الخفيف
٨٧	٧	للصرف	الصرف
٨٧	١٢	اذ قال	إذا قال
٨٨	٥	بعضه وهو فقال	بعضه فقال
٨٨	١٠	فى تهديته	فى تهذيبه
٩٤	٢	بالفضة	الفضة
٩٤	٩	مبنية	مبينة
٩٥	٦	المال العبيد الحاضر	المال الحاضر
٩٩	٢	ومع بعده	ومع ما بعده
٩٩	١٦	من جوز	من جوزه
١٠١	٧	أبو الطيب	أبي الطيب
١٠١	١٥	التروبج	التزويج
١٠٣	٤	العيين	العينين
١٠٣	١١	وفيما تقدم	فيما تقدم

صحيفة	سطر	خطا	صواب
١٠٤	٩	أما لماذا	أما إذا
١٠٤	١٠	معارض	تعارض
١١١	٥	إن الله	فان الله
١١٢	٦	عوضا	عرضا
١١٢	٨	عوضا	عرضا
١١٦	٣	وأجرا	وأجراء
١١٩	٩	كقباض من عوض	كاقباض عوض
١٢٢	«	عنه	عينة
١٢٣	١	حصول	وحصول
١٢٨	٣	در الجمع	رد الجميع
«	١٤	النمن	الثمن
١٣٣	٢	انفسح	أنفسخ
١٣٧	٦	ابن الدم	ابن أبي الدم
١٤٤	٦	فأن نجوز	فأن تجوز
١٦١	٦	لمأخذ	ليأخذ
١٦٢	٩	االلـكية	المالـكية
١٦٢	١٦	أبمد	أبعد
١٦٣	٤	أغاب	غاب
«	٥	ن	أن
«	٥	ابن الموان	ابن المواز
١٦٨	١٠	ون	وان
١٦٩	٨	تلسيم	تسليم
«	١٠	فقد	قيد
«	١٤	أطق	أطلق
«	١٥	دينار	دينارا
«	«	من نصف	نصف
١٧٠	١٣	المطعومة	والمطعومات
١٧٠	١٥	الثمن	الثمن
١٧١	٣	والنية	والثمنية
١٧٣	٤	قبقال	فيقال
١٧٤	١	سليما	سلما
١٧٤	١٥	أو	و
١٧٥	١	اختلاف	واختلاف
«	٩	بموافقة	بما وافقه
١٧٦	٧	لدهب	الذهب
«	٩	لمصتف	المصنف
١٧٧	٣	كالفاسانى	كالقاسانى
«	«	والساورى	والساورى
١٧٩	٨	فلا لاختلافه	فلا أثر لاختلافه
١٨٠	١	الجبس	الجنس
١٢٨	٤	لا اختلاف	لاخلاف
١٨٥	٤	لا بجرر	لايجوز
«	٨	واللور	واللوز
«	١٠	فان اع	فان باع
١٨٦	٦	والحرى	والخيرى
«	«	والزئبق	والزنبق
«	١١	أبى تو	أبي ثور
«	١٢	الاهادن	الأدهان
«	١٧	مزونا	موزونا
١٨٨	٥	الدر	الورد
«	٧	أو لك	أو تلك
«	٩	نم	ثم

صحيفة	سطر	خطا	صواب
١٨٨	٥	ما خج	ما خرج
«	١٦	الحيرى	الخيرى
١٨٩	١٠	كالتمر	كالتمر
١٩٠	٤	اشتر بت	اشتريت
«	١٠	زيت	رزيت
«	١١	يزيت	بزيت
١٩٢	٣	القايند	الفانيد
«	«	قضيتها	قصبها
«	٤	والسكر والنبات والطبردد	وكذا السكر النبات والطبرزد
«	«	عكس	عكى
«	٥	قصته	قصبه
١٩٣	١٠	ولحم الظباء	ولحم الظباء صنف
١٩٤	٨	فان اسم	فاسم
١٩٨	٦	طلعاماً	طعاماً
١٩٩	١١	طريقان	طريقين
٢٠٢	١١	هذا	هذه
٢٠٦	١٠	كلها	كلها
٢٠٧	٣	ولحان البحر	مع لحان البحر
٢٠٩	١١	الجوميس	الجواميس
٢١٠	٢	فاما البرى مع البحرى	وأما البرى مع البر والبحرى مع البحرى
٢١٤	٣	فاسمها	فاشبها
«	١٣	واللحم الأحمر اللحم	فصل واللحم الأحمر والأبيض
٢١٤	١٥	والكبد والشحم جنسان	والكبد والطحال جنسان
٢١٧	٢	الشافعي	الرافعي
«	١١	فمائد	فمايز
٢١٨	٣	فى أنه لا خلاف	أنه لا خلاف
٢١٩	٦	والريانى	والروياني
٢٢٠	٨	بيع البيض	البيض
«	١١	القواد	الفؤاد
٢٢٣	٣	وأما الخلقة	وأما اختلاف الخلقة
«	٩	فاما	وأما
٢٢٤	٤	فيها قول	فيها على قول
٢٢٥	٤	فيها	منها
٢٢٧	٤	وما حرم	فصل وما حرم
٢٢٨	٢	مداً بمد والمد	مدى بمدى والمدى
٢٣٤	١	علة	العلة
٢٣٦	٤	اذ اما تأخر	اذا تأخر
٢٣٦	٨	بغير	أو بغير
٢٣٧	٥	ممن	بمن
«	٧	فلا	فلا وجه
٢٣٩	١٠	فلو	ولو
٢٤٠	٣	بيمته	بيعه
«	٦	جائز	البيع جائز
٢٤١	٦	ولا تباع	لاتباع
٢٣١	٢	وتفريقا	وتفرقا
٢٤٢	١	لا يعلم	لا تعلم
«	٣	خرجنامتفاصلين	خرجتامتفاصلتين

صحيفة	سطر	خطا	صواب
٤٢٣	٤	أو قفيزا	الاقفيزا
٢٤٣	٥	صريح	كاصريح
٢٤٣	٦	الصالح	الصلح
٢٤٥	٢	(١)	كذا بالأصل
٢٤٦	٣	فكان تأويل	فلا بد من تأويل
٢٤٧	٢	فللم	فلم
٢٤٧	٤	عن أبي هريرة	عن ابن أبي هريرة
٢٤٧	١٠	قامت	فاتت
٢٤٨	٥	أبو حامد	أبو محمد
٢٤٨	٥	على هذه	على أن القبض على هذه
٢٤٨	٨	ان قلنا	ان يكناله
٢٤٨	٩	منه الصيد ـ ويكال	مثل الصبر أو يكال
٢٤٩	٧	قال أبو اسحق	فأبو اسحق
٢٤٩	١١	مجملا	محملا
٢٥٠	٥	أجاد	أجاز
٢٥٠	٧	سيبيعه	أستتبعته
٢٥٢	١	فيجيء عليه	فيجب عليه
٢٥٢	٥	عشر	عشرة
٢٥٣	٢	وظهر	فظهر
٢٥٣	٧	ان كيلنا	إن كيلتا
٢٥٥	٤	مكيلها	مكيلها
٢٦١	٨	التمانع	المشائخ
٢٦١	١١	هذا الصبرة	هذه الصبرة
٢٦٣	٦	للمشترى	فللمشترى
٢٦٣	١٢	ولفظه	ولفظ
٢٦٥	١	أنه حكام	بهأحكام
٢٦٥	١	مبايعاتهم	بياعاتهم
٢٧١	٢	وأوالى	وأولى
٢٧١	٤	طعاما	طعامان
٢٧٢	٢	وأما ان أزدت	وان أردت
٢٧٥	٤	مد ـ عليها	ملء ـ بلئها
«	٢	قصة	قصعة
٢٧٦	٩	التمة	التتمة
٢٧٧	٦	عنذ	عد
٢٧٩	٢	فيه الزكاة	فيها الزكاة
٢٨٠	١	فى حرم	فى جرم
٢٨١	٣	ثابت	ثابتا
٢٨٦	٣	عريضه	عريضة
٢٨٧	٩	ما يباع	يباع
٢٨٨	٨	الغرابى	الغزالى
٢٩٠	٣	لكن بحثا	بحثا لكن
٢٩٦	١	قشرة	قشره
٢٨٤	٨	غالى	على
«	١١	قطعيا	قطعا
٢٨٦	٦	تولوا	تركوا
٢٨٧	٢	فى المكيال	من المكيال
٢٩٠	١	يكال مكالا فى	فكان يكال فى
٢٩٤	٢	والجعدى	والجورى
٢٩٥	٣	يكال	كان يكال
٢٩٨	٦	وكذلك	كذلك
٢٩٩	١٢	أبى هريرة	ابن أبى هريرة
٣٠٠	٦	الكيلو	الكيف

صحيفة	سطر	خطا	صواب
٣٠٤	٥	الجوز	أن الجوز
٣٠٥	٢	موزون	معدود
٣٠٥	٩	خاصة	بالحجازخاصة
٣٠٦	٤	وما حرم	فصل وما حرم
٣٠٦	٦	أو دينار	وكدينار
٣٠٧	٢	قال انما	فقال أنا
٣٠٧	٩	حديث حسن	حسن
٣١١	٧	واجعلن	واجعل
٣١٢	٢	ابن خالد	عن خالد
«	٢	شجاع	شجاع بن الليث
«	٩	السبيع	الجمع
٣١٤	١	واواقعة السقاية	فقه للسقاية
٣١٥	٤	ببالى	نبالى
٣٣٤	٤	ماقبل	قبل
٣٣٨	٢	السيمانى	السمعانى
٣٣٩	٣	هذه الطرق	هذا الطرف
٣٤١	٦	قيمته ونصف	قيمته نصف
	٦	فيقع	درهم ونصف درهم فيقع
٣٥١	٦	القارفى	الفارقى
٣٥٣	٧	والقدر	والعذر
٣٥٣	٧	المذهب ـ والجور	الذهب ـ والخرز
٣٥٤	٩	المذهب	الذهب
«	٦	طريق	طوق
«	٨	فضة بالوزن	فضة بالورق
٣٥٦	٣	بوق	بورق
«	٣	والشعيبي	والشعبي
٣٦٢	١	التصرف	التفرق
٣٦٤	٣	الجميع	الجمع
«	٥	الملبوب	اللبون
٣٧٢	٢	فضلت	فصلت
٣٧٥	٦	حبيب	جنيب
٣٧٦	٣	الحبيب	الجنيب
٣٧٧	٣	بالردىء	بالبردى
٣٧٨	٦	يفتضى	يقضى
٣٧٩	٥	القرافى	الغزالى
٣٨٠	٤	القرافى	الغزالى
٣٨٣	٣	اكبر	أكثر
٣٨٥	١	أما	أما إذا
٣٨٥	٦	جملة	جملته
٣٨٩	٢	فقد	وقد
٣٩١	١١	الفراوى	الفزارى
٣٩٧	٢	ولا يباع	فصل ولا يباع
٣٩٧	٢	خالصة بمشوبة	خالصه بمشو به
٣٩٧	١٠	اخر وحده	وحده
٣٩٨	١١	بعضه	بيع بعضه
٣٩٨	١٤	خطأ	حظا
٣٩٩	٥	طردا	وطردا
٤٠١	١١	ههنا	بقى ههنا
٤٠٣	٣	الضابط	الضابطمطرداً
٤٠٤	٦	يفتقر	يغتفر
٤٠٧	٢	شيب	شيئاً

صحيفة	سطر	خطا	صواب
٤٠٨	٤	بيان	ثبات
٤١٢	٦	دل	دال
٤١٦	٧	قيل	قبل
٤١٩	١٣	ولايباع	فصل ولا يباع
٤٢٠	«	أبي هرمز	ابن هرمز
«	١٤	أبي هرمز	ابن هرمز
«	١٧	تيم	بني تميم
٤٢٢	٢	سنده	مسنده
«	١٦	هو قال	قال هو
٤٢٥	٢١	فانا	وانا
٤٢٦	٨	الحراز	الخراز
٤٢٧	٢٠	فى فصل	فى ذلك فى فصل
٤٢٨	١٥	أجود	أجوز
٤٣٠	٣	المتعمد	المعتمد
«	٢٢	الغزا	الغزالى
٤٣٣	٢	مايد لاخر	مالا يدخر
«	٤	وغير	وغيره
٤٣٢	٧	الجعدى	الجوزى
«	٢٠	والطبر زوى	والطبر زدى

صحيفة	سطر	خطا	صواب
٤٣٦	٦	النقص	النقض
«	١٩	لحدث	يحدث
٤٣٨	١٠	مواضع	موضع
«	١٨	السهمين	السهمان
٤٣٩	١	يكال	يكتاله
«	٢٢	الحادى	الحاوى
٤٤٠	٢٠	الاجالا	الاجال
٤٤١	١٠	ويجف	ويخف
«	١١	وصفته	وصفت
٤٥٠	١٥	منقدجاً	منقدحاً
٤٥١	٥	يطرأ به و بغيره	اجرائه و بغيره
«	١١	لايتعاق	ينفاق
٤٥٣	٣	القدسى	المقدسى
«	٢١	والرويانى وغيرهم	وغيرهم والرويانى
«	٦	البيع	الـكيل
«	٧	حبته ـ حبته	جثته ـ جثته
«	١٠	يتم تناهى	يتم
«	١٥	الحبة	الجثة

﴿ انتهى ﴾



بيان الخطأ الواقع في الجزء العاشر من كتاب فتح العزيز (شرح الوجيز) للامام الرافعي رضي الله عنه

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
٢	٨	وكيف ما	وكيفما
٣	٩	الزهن	المرهون
٤	٤	عن ابن	عند ابن
«	١٠	والشريك	والشريك في الرهن
٥	١	وان حالا	وان كان حالا
«	٨	لاملاك	لايد
٦	٧	لترجمتها	لترجمته
٧	٤	من ابنتها	من تربتها
٨	٨	تبيعهما	يبيعهما
١٠	١٣	فرضه	فرضه الامام
١١	١١	التوثيق	الوثيقة
١٣	٧	تتعلق	تعلقت
١٥	١٠	المطلق	المعلق
١٦	١	اندفاع	ارتفاع
١٧	١١	تقدم	تقديم
١٧	١٢	وقال	قال
١٨	٣	ههنا أيضاً	ههنا والله أعلم
١٩	٦	لايصح	أنه لايصح
«	١٢	الفصيل	التفصيل
٢٠	٨	أو قبل	وقبل
٢١	٧	رهنيه	رهنتنيه
«	٩	فى السنبلة	من السنبلة
٢٥	٩	حصل	يحصل
«	١٠	لافراس	للفراس
٢٦	٣	فله ذلك	فكذلك
«	٤	الأصل	الأصيل
٢٧	«	ماذكر	ماذكره
٢٨	٤	فلا شيء عليه	فلا شيء
«	٧	العارية	أن العارية
«	١١	الضامن	الضمان
٢٩	٥	من البيع	البيع
«	٦	الغير	المغير
«	٨	الراهن	المرهون
٣٠	١	بالاعتاق	بالاعيان
«	٥	لم يجر	لايجر به
٣١	٢	ولا يصح الرهن	فالاصح أنه لايجوز الرهن
«	٤	على	على قول
«	٧	والنافى	والثانية
«	٨	مثل أن يرهنهما	كما اذا رهنهما
«	٩	وحكي	وحكاه
«	١٤	الثوب به	الثوب
«	١٥	لاشرط	لأن شرط
٣٢	٢	مقدم	متقدم

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
٣٢	١٣	لايتم	لايصح
«	١٥	والاولى أن لقول	وللأول أن يقول
٣٤	٢	اما	وهو اما
«	٤	وثمن	أو ثمن
«	١٠	اذ به	و به
٣٥	٥	وان جوزناه	فأن
٣٦	١٠	فليفسخا	فسخا
٣٧	٥	وقاسوهما	و بناهما بانون
«	٩	وادعى	ثم ادعى
٤٠	٥	يستقر	يتم
٤٣	٤	يجز	يحز
٤٤	٣	جاز	حاز
٤٧	٣	يصره	ضره
«	٣	عاد	عاد القول
٥٤	١١	أحداها	أحدها
«	١٢	الغرس	المغرس
٥٥	١٠	بتبعة	بتبعية
٥٦	١٠	القصير	الصوف القصير
٥٦	١٢	صورة	صوره
٥٨	٩	بالسفر	بالسفه
٥٩	١	ماتخيره	مايجبره
«	٨	ووخد	ووجد
٥٩	٩	من الفرض	القرض
٦٠	٢	يتيسر	أن يتيسر
٦٣	٢	النقول	المنقول
٦٥	٤	افشاؤها	انشاؤها

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
٧٦	٢	بالفرض	بالفرق
«	٢	العين ـ حتى	المعين وهو متعلق حق
«	١٠	غرائم	غريم
٨٠	٧	القصير	العصير
٨٢	٣	الخمر	الحموضة
«	٧	مكروه	يكره
٨٥	«	ان كان	وان كان
٨٧	٤	والعتاقيد	والعناقيد
«	٥	طاهرها	ظاهرها
٨٨	٦	انقضاء	اقتضاء
«	٧	يدله ـ يحصل	بدله ـ تحصل
«	٨	للاراء	للاداء
«	«	وسيجدد	وتجديد
«	١٢	تعرف	تصرف
«	١٣	وتعلل	و يقلل
«	«	الحلية	الخلية
٩٠	١	أبى الحسن	أبى الحسين
«	٣	نقضت	انقضت
٩١	٥	يجرحها	تخريجها
٩٢	٨	لاتعطل	لايتعطل
٩٣	٧	وعلى	فعلى
٩٤	٨	يقنا	يقينا
٩٥	٣	مبنيان على الخلاف	شبتهان بالخلاف
٩٩	٤	جل	حل
١٠١	٢	اختار أنه	اختار المزنى أنه
١٠٥	٩	المسائل	الشامل

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
١٠٦	٢	الراهن	الظهر
١٠٧	٩	جزمنا	حيث جزمنا
١١٤	٤	اقتضر	واقتصر
١١٤	٥	قول من	قول مثله من
١١٩	٢	سبه لهذا	شبه منه بهذا
١٢٠	١٠	التقاضى	التقاص
١٢٨	٣	بيعه	أن يبيع
١٢٩	٨	لفظ	نص لفظ
«	١٠	من المرتهن	فى المرتهن
«	١٢	وشرطا	بشرط
١٣٢	٨	والمشترى	أو المشترى
١٣٦	٩	وكذا	وكذلك
١٣٧	٦	ينفقان	يتفقان
١٣٨	١٠	أكل	أن كل
١٤٠	٢	بمخض	بمحض
«	١٤	لمودع	المودع
١٤٢	٥	إلا	سوى
«	١١	علماء	بلاد
١٤٣	١	فاذا	واذا
«	٩	عند	عن
١٤٦	٢	على	عن
١٤٧	«	موجبه	أن موجبه
«	٧	فاجيره	فتأخيره
١٤٧	٨	كدب	كسب العبد
«	٩	بعبد	بعد
«	١١	سنين	شيئين
١٤٧	١٥	بيعت	بيعث جاملا
١٤٩	٢	ثم اطلعت	فاطلعت
«	٦	كما	كما إذا
١٥٢	١	يتقدم	يقدم
«	١٤	الغرض	الفرض
١٥٣	٢	بالثاني لم	بالثانى لا
«	٤	االك	المال
«	«	وانما يمنع	واما يمتنع
١٥٤	١٠	لحن	حق
١٥٥	٣	القتيل	المقبول
١٥٦	١	عن	عند
«	١٠	ثمنية	ثمنه
١٥٩	٤	رهونان	مرهونان
١٦٣	٣	تعدد	تعاق
١٦٤	١	من الشقيص	من التشقيص
«	٣	وهو ممنع	فيمتنع
«	٥	ولو	فلو
١٦٥	٢	على ما	كما
١٦٦	٥	وزن	اذن
«	٦	أو كيل	لوكيل
١٦٧	«	بعه والعاء	بع والفاء
١٦٨	١	تيقد	تقيد
١٧١	٦	فى	فهى
١٧١	١٥	من أن لا تكون	أن تكون
١٧٢	١٤	الذى	أن الذي
١٣٨	١٠	واحد	كل واحد

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
١٧٣	١٦	تصغيرها	تصورها
١٧٥	١	نفعل	نجعل
١٧٧	١٦	يفرض	يعوض
١٧٨	٢	أقبضته	أقبضنيه
١٧٨	٢	عصيته	غصبتنيه
١٧٨	٨	عصيته	غصبتنيه
١٧٨	١٢	اذن	اذن له
١٧٩	١	رهنت	رهنته
١٧٩	٤	لسان عن	عن لسان
١٨١	٩	أومنه	أو به
١٨٣	٦	بل فيه	فيه
١٩٣	١	ماشاء	من شاء
١٧٣	٢	بالتسوية	بالسوية
١٩٦	٧	يقال	يقال فيها
١٩٩	٣	فيفسر	فليفسر
٢٠١	١٣	فلصاحبه	فلاصحابه
٢٢٠	١٧	يقطع	لايقطع
٢٠٤	٣	حز بان	جنسان
٢٠٤	٨	يكون	مايكون
٢٠٥	٥	الحالتين	الحالين
٢٠٦	٧	غصبته	غصيته منه
٢١١	«	الامتناع	الامتناع منه
٢١٣	٤	محدث ـ بعيدا	مستحدث ـ مبعدا
٢١٤	٥	الحي	المفلس
٢١٦	٣	وفاء	وفاء ماعليه
٢١٩	١١	ماله	ماله وهو خمسة عشر
٢٢١	١٦	زوجاته	زوجته
٢٢٢	١٢	اللائق	اللائق بحاله
٢٢٥	٤	أنجر	أخر وأنكر هو
٢٢٦	٦	بيعه	بيع
٢٢٩	٢	الخبرة	خيرتهم
«	٣	فان زعم	وزعم
٢٣١	٧	نفى	نفى المعرفة
«	٩	واللجاج	أو اللجاج
٢٣٢	٤	المقر فهو له	المقر
٢٣٢	٨	بالميم	بالواو
٢٣٤	٦	يفتقر	انه يفتقر
٢٣٥	١	لايخفى	ولا يخفى
٢٣٥	٩	لو رجع	لو لم يرجع
٢٣٨	١	يدى	ينبني
«	١٠	للمسلم فيه	للمسلم
٢٣٩	٨	لأقى	لاقى
٢٤٠	٢	أخصه	خصه
«	٤	قيمته	كقيمته
٢٤٠	٥	احمد صاحب	صاحب
«	١٢	ولا تنز	ولا تترك
«	١٧	والجال	والحال
٢٤١	١٢	ونريدمنها	ونزيد فيها
٢٤٢	٣	المسلم	المسلم اليه
«	٧	منه	من
٢٤٣	١	فللمقرض	فللمستقرض
«	١٥	جارية فتلفت	جارية بعبد فتلفت
		الجارية بعبد	الجارية

صحيفة	سطر	خطا	صواب
٣٤٣	١٥	المفلس	المفلس المحجور
٢٤٤	٢	سند	أسند
٢٤٥	٩	اذا	فيما اذا
«	١٤	الاول والثانى	الاول
٢٥١	١٠	الى المفلس	المفلس
٢٥٢	٢	من الأول مزلزلا	مزلزلا من الأول
«	«	يده	يد المشترى
«	٥	القاضيان	القاضى
٢٥٣	٤	يرجع	رجع
«	٧	كانت حاملا	كانت حائلا
«	٩	الغرماء	الغرماء بالثمن
٢٥٤	٣	الثمرة	الثمار
٢٥٦	١	بيعت	فبيعت
«	١٤	على	قبل
٢٥٧	١٦	افقهها	وافقها
٢٥٨	١١	بها	ويها
«	١٣	تخلف	تختلف
٢٦١	٤	الغرماء	الديون
«	١٣	نقل عن	نقل
٢٦٢	٣	حيث قال	قال حيث
٢٦٢	٨	وغرامة	مع غرامة
٢٦٣	٥	العجب منه	العجب
٢٦٥	٥	الغرماء	الغرماء بالثمن
٢٦٥	١١	بالقسمة	بالقسمة جائزة
«	١٣	تقلب	انقلب
٢٦٦	١	فى	على

صحيفة	سطر	خطا	صواب
٢٦٩	١٦	فاذا ـ فانما	فما ـ انما
٢٧٠	٥	تسليمه	تسلمه
«	١٤	يصبغ	يصنع
٢٧١	١٨	وزادت	فزادت
٢٧٣	٩	باع وظهر صبغه	بان صنيعه
٢٧٤	٥	سبق نظيره	سبق نظيرها
٢٨٠	٨	الولايات	الولايات
٢٨٠	١١	حددتك	لحددتك
٢٨١	١٠	هذا	هذا وهذا
٢٨٦	١٢	والفسق	و بالفسق
٢٨٦	١٦	بالطارىء	الطارىء
٢٨٧	٧	من الدين	فى الدين
٢٨٨	٥	فيه وجهان	فى الحجر عليه وجهان
٢٧٨	١٥	يشرع	شرع
٢٩٠	٦	و بذلك	وكذلك
٢٩١	٤	بان	فان
٢٩١	٨	التفصيل	الفصل
٢٩٢	٧	نفسه	ثقة
٢٩٣	٩	يبعث	يبعثه
٢٩٦	٤	القاضى	القاص
٣٠٨	١٢	الراكب	الراكب تحته
٣١٠	٣	قصة	قضية
«	٥	بالجناح	الجناح
٣١٢	١٢	دراهم	دارهم
٣١٣	٣	فى مستحقها	فيما استحقه
٣١٥	٣	أراكم	مالى أراكم

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
٣١٦	١	أرجا	أزجا
٣١٦	٣	المستقيل	لمستقبل
٣١٨	٧	للجدار	بالجدار
٣١٩	١٥	لبعد	لفقد
٣٢٠	٢	بالارشاد	الارشاد
٣٢١	٢	التبقية	التنقية
٣٢٥	٨	سقف	السقف
٣٢٥	١٢	تقدير	تقديم
٣٢٧	١٤	الرمل	الزبل
١٣٣	١٣	المحوسان	له لجواز أن
٣٣٢	١٨	وعلى ويحلف	وعلىّم يحلف
«	٢٠	أو الدواخل	والدواخل
٣٣٤	٢٠	السفل فى	السفل
٣٣٧	١١	الغارم	غارماً
٣٥٢	٢٠	أن المذكور	المذكوران
٣٥٩	١١	سلطته	سلطنة
«	١٤	مقابله	مقابلة
٣٦٠	١٩	المتبرع	التبرع
٣٦١	١٦	لريح	الريح
«	١٧	أودرهما	أوردهما
٣٦٣	٣	لحاجة	الحاجة
٣٦٧	١٣	ومجلس	أو مجلس
٣٩٤	١١	ضامن	للضامن
٣٩٥	٩	أفك	انفك
«	١٥	مالى صاحبه	ما على صاحبه
٣٩٦	«	وداهبون	والذاهبون
٤٠٥	٤	أوباخير	أو باختيار
٤٤٩	٧	بالحصله	بالحصة

﴿ بيان صواب الخطأ الواقع فى التلخيص الحبير ﴾

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
٨٣	٤	آدم	أدم
«	٥	عن	عنه
١٣٤	٦	عن أبي فديك	عن ابن أبي فديك
«	«	عن أبي ذئب	عن ابن أبي ذئب
١٣٦	٢	ناصر بن عاصم	نا نصر بن عاصم
«	٦	ناصر	نصر
٢٢٤	٤	أما	وأما
«	٥	الالتماس ـ تجمع	لالتماس تجتمع
٢٣٠	٤	فذكر	فذكره
٢٧٦	٣	ما كان	من كان
٢٨٠	٤	أخرى قال الا عن	أخرى عن
«	«	كما أنهما	كما قال الأأنهما
٢٨١	٥	تادة ـ خالد	قتادة ـ خالداً
«	٧	أنه خالد بن	أنه عن قتادة عن خالد بن
٣٠٨	١	ميزانا	ميزابا
«	٢	ميزان	ميزاب
٣١٥	٦	لم يقلد	لم يقله
٣٥٧	٥	أو جاء	وجاء

١٠٦ ٦ خطأ رواية الشافعى صوابه رواية من وقفه على من رفعه وهى رواية الشافعي

٣٠٨ ٣ « رسول الله ﷺ وذكر « رسول الله ﷺ فقال أعزم عليك لما صدرت على ظهرى حتى تضعه فى الموضع الذى وضعه رسول الله ﷺ وذكر